



Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS
EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN
DE LA SOCIEDAD ANALÓGICA A LA ERA DIGITAL**

Ana Isabel Orts Rodríguez

Directora de la tesis

Dra. Rosario Tur Ausina

Codirectora de la tesis

Dra. Nuria Reche Tello

Universidad Miguel Hernández de Elche

-2024-



La presente tesis doctoral, titulada “EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. DE LA SOCIEDAD ANALÓGICA A LA ERA DIGITAL”, se presenta bajo la modalidad **de tesis convencional con los siguientes indicios de calidad:**

1. ORTS RODRÍGUEZ, A., TUR AUSINA, R. y RECHE TELLO, N., “Digitalización de la sociedad. ¿(Des)protección de los derechos fundamentales?”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, n.º 3, Cejup, Madrid, 2023, pp. 243-266. ISSN 2792-226X.

2. ORTS RODRÍGUEZ, A., “Derecho a la protección de datos personales ¿alejado de los constituyentes?”, en TUR AUSINA, R. (dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022. ISBN 9788413454559.

3. ORTS RODRÍGUEZ, A., “La -de-limitación del derecho de defensa en una justicia digitalizada”, en SANJUAN ANDRÉS, F.J. (dir.) y TUR AUSINA, R. (coord.), *El constitucionalismo ante la digitalización de la realidad social, Cuadernos digitales. Derecho y nuevas tecnologías*, n.º 9, Aranzadi, Madrid, 2024. ISBN 978-84-1162-151-9.



La Dra. **Rosario Tur Ausina**, directora, y la Dra. **Nuria Reche Tello**, codirectora de la tesis doctoral titulada “El derecho a la protección de datos en el marco de la libertad de información. De la sociedad analógica a la era digital”,

INFORMAN:

Que **Dña. Ana Isabel Orts Rodríguez** ha realizado bajo nuestra supervisión el trabajo titulado “**El derecho a la protección de datos en el marco de la libertad de información. De la sociedad analógica a la era digital**” conforme a los términos y condiciones definidos en su Plan de Investigación y de acuerdo al Código de Buenas Prácticas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, cumpliendo los objetivos previstos de forma satisfactoria para su defensa pública como tesis doctoral.

Lo que firmamos para los efectos oportunos, en Elche, en abril de 2024.

Directora de la tesis
Dra. Rosario Tur Ausina

Codirectora de la tesis
Dra. Nuria Reche Tello



La Dra. **Rosario Tur Ausina**, Coordinadora del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

INFORMA:

Que **Dña. Ana Isabel Orts Rodríguez** ha realizado bajo la supervisión de nuestro Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas el trabajo titulado “**El derecho a la protección de datos en el marco de la libertad de información. De la sociedad analógica a la era digital**” conforme a los términos y condiciones definidos en su Plan de Investigación y de acuerdo al Código de Buenas Prácticas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, cumpliendo los objetivos previstos de forma satisfactoria para su defensa pública como tesis doctoral.

Lo que firmo para los efectos oportunos, en Elche, en abril de 2024.

Profra. Dra. Rosario Tur Ausina
Coordinadora del Programa de Doctorado en
Ciencias Sociales y Jurídicas

Agradecimientos y dedicatoria

Esta tesis doctoral no habría sido posible sin el entorno de trabajo del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, así como del Área de Derecho Constitucional. En ellos he encontrado el acompañamiento académico y humano necesario para realizar esta labor.

Mi agradecimiento a mi codirectora, la Dra. Nuria Reche Tello, sin su ayuda en los últimos meses no habría sido posible finalizar la tesis. Mi reconocimiento por la labor realizada.

Por supuesto, mi mayor agradecimiento es para mi directora de tesis, la Dra. Rosario Tur Ausina, sin su tutela académica y sabios consejos durante estos años, este trabajo nunca habría visto la luz. Ha sabido guiarme y sacar lo mejor de mí, siempre desde el respeto a mis decisiones y con enorme generosidad. Es una amiga y, sobre todo, un referente académico. Mi gratitud por haberme dirigido y, sobre todo, acompañado.

A mis padres, Jaime y Manolita, por educarme con mucho amor.

*A mis amigas Asun, Inma y Cintia. Mis queridísimas "locas" que me colman de cordura y que añaden
inteligencia, risas y bondad a mi vida.*

*A mi amiga Marina. Su generosidad y alegría han hecho más llevadero, incluso ameno, este largo
camino.*

A Nacho, mi marido. Por su apoyo incondicional, su comprensión infinita y hacerme reír todos los días.

Cada día a tu lado es un inefable regalo de la vida.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
RESUMEN	21
ABSTRACT	23
INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	26
PARTE PRIMERA. PROTECCIÓN DE DATOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN: APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y DEBATES CONSTITUYENTES	42
I. Una primera aproximación	43
II. Origen del derecho a la protección de datos	44
1. La <i>privacy</i> norteamericana	44
2. Orígenes constitucionales en el continente europeo.....	46
3. La Constitución Española de 1978: los debates constituyentes.....	51
3.1. Artículo 18.4 CE.....	51
3.2. Artículo 18.1 CE.....	67
3.3. Artículo 17.1 CE.....	72
3.4. Artículo 15.1 CE.....	76
III. Derecho a la libertad de información.....	79
1. Origen histórico	79
2. Antecedentes constitucionales previos a la Constitución de 1978.....	83

3. Debates constituyentes sobre los artículos 20.1 d), 20.2 y 20.4 CE	85
PARTE SEGUNDA. LA ERA “ANALÓGICA” DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. ORÍGENES Y DERECHOS EN JUEGO PREVIOS A SU CREACIÓN	92
I. Ordenadores e internet. Su influencia en el origen de la protección de datos	93
1. Los ordenadores y la publicación de las primeras leyes de protección de datos.....	95
2. Internet y la normativa española sobre la protección de datos	103
II. Derechos en juego en la protección de datos	107
1. La dignidad. ¿Ligada a la protección de datos?	107
1.1. Primeras aproximaciones.....	107
1.2. Base de los derechos del artículo 18 CE	111
2. Privacidad o intimidad. Artículo 18.1 CE versus artículo 18.4 CE.....	113
3. Derecho al honor, intimidad y propia imagen.....	121
3.1. Derechos autónomos o relacionados entre sí	122
3.2. Contenido	124
III. A modo de conclusión sobre los derechos en juego.....	129
PARTE TERCERA. LA INFLUENCIA DE LA ERA “ANALÓGICA” EN EL NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.....	132
I . A modo de premisa	133
II. “Creación” del derecho a la protección de datos.....	134

1. Orígenes	134
2. Contenido. La importancia de los datos personales	141
3. Límites	149
3.1. Rasgos generales	149
3.2. Los clásicos derechos de la privacidad. Límite de la libertad de información.....	152
III. La libertad de información en la era “analógica”	154
1. Antecedentes y expansión.....	155
2. Contenido	158
3. La veracidad	161
PARTE CUARTA. PROTECCIÓN DE DATOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA ERA DIGITAL.....	167
I. Las TIC y la sociedad de la información.....	168
1. Internet: rasgos generales, IoT y redes sociales	175
2. Motores de búsqueda: rasgos generales	181
3. Big Data	185
3.1. Conceptualización	185
3.2. El tratamiento de datos con la IA	188
II. Protección de datos/libertad de información ante los retos tecnológicos	194
1. Privacidad y sesgos	194
2. Periodismo digital: veracidad informativa	200
III. El derecho a la protección de datos. Su regulación a la luz de la (r)evolución tecnológica	204
1. Contenido actual en la jurisprudencia.....	206
2. Regulación normativa: comunitaria y nacional.....	212

PARTE QUINTA. CONCILIACIÓN ENTRE PROTECCIÓN DE DATOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN. (RE)FORMULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS AL AMPARO DE LA (R)EVOLUCIÓN DIGITAL	224
I. Conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información. La excepción periodística	225
1. A modo de premisa sobre los límites de la protección de datos	225
2. La excepción periodística como límite	227
2.1. Regulación en el RGPD y en la LOPDGDD	227
2.2. Acercamiento al derecho comparado. “Journalistic exemption” en el Reino Unido	246
3. Examen de la conciliación en la jurisprudencia	256
3.1. El derecho al olvido digital como punto de inflexión	257
3.2. Breve referencia a otras sentencias	276
II. (Re)formulación del derecho a la protección de datos. Identidad digital	278
1. Contextualización	278
2. Aproximación a la identidad digital	284
3. Propuesta de reforma constitucional y de <i>lege ferenda</i> ..	299
CONCLUSIONES	313
REFERENCIAS	333
I. Bibliografía consultada	333
II. Jurisprudencia relevante	371
1. Europea.....	371
1.1. TEDH.....	371

1.2. TJUE	372
2. Española	374
2.1. TC	374
2.2. TS.....	377
III. Normativa, memorias y otros documentos de interés.....	378
IV. Recursos web	385
1. Foros internacionales.....	385
2. Foros nacionales.....	386
INDICIOS DE CALIDAD. NORMATIVA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO UMH	390

ABREVIATURAS

Art./Arts.: Artículo/Artículos

AEPD: Agencia Española de Protección de datos

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

BOC: Boletín Oficial de las Cortes

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CDD: Carta de Derechos Digitales

CdE: Consejo de Europa

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE: Constitución española de 1978

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CEPD: Comité Europeo de Protección de Datos

CIS: Centro de Investigaciones Sociológicas

CMSI: Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información

CPDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

DATA 2018: Data Protection Act 2018 del Reino Unido

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948

EAEPD: Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos

ENISA: Agencia de la Unión Europea para la ciberseguridad

FJ: Fundamento Jurídico

IA: Inteligencia artificial

- ICO:** Information Commissioner's Office, del Reino Unido.
- INCIBE:** Instituto Nacional de Ciberseguridad.
- IoT:** Internet de las cosas
- LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil
- LO:** Ley Orgánica
- LOPD:** Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
- LOPDGDD:** Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
- LOPJ:** Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LORTAD:** Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (derogada)
- LOTIC:** Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- LSSI:** Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
- ONTSI:** Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad
- ONU:** Organización de Naciones Unidas
- RAE:** Real Academia Española
- Reglamento IA:** Reglamento de Inteligencia Artificial
- RGPD:** Reglamento General de Protección de Datos
- S.:** Siglo
- SEPD:** Supervisor Europeo de Protección de Datos
- SSTC:** Sentencias del Tribunal Constitucional español
- SSTEDH:** Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- SSTJUE:** Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- SSTS:** Sentencias del Tribunal Supremo
- STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional español
- STEDH:** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo español

TC: Tribunal Constitucional español

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TL: Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009

TS: Tribunal Supremo español

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

RESUMEN

Esta tesis se configura como una investigación jurídica sobre el derecho fundamental a la protección de datos en el marco de la libertad de información, y en un entorno de (r)evolución tecnológica. Su objeto es analizar y reflexionar en torno a la posible reformulación del derecho a la protección de datos, a la luz de los avances tecnológicos y de su coexistencia con la libertad de información en una sociedad digitalizada.

La tecnología está cambiando la sociedad, el modo en el que nos relacionamos con los demás, provocando la aportación de cantidades ingentes de datos a la red. Ello implica que los demás tengan una visión completa —o quizá, más bien, muy posiblemente sesgada— sobre cómo somos, sobre nuestra identidad. Al mismo tiempo, esta tecnología también ha transformado el periodismo, que maneja mucha información de manera rápida, porque la ciudadanía está ávida de noticias nuevas constantemente, a golpe de *click*. Y todo ello en un contexto de amplia regulación normativa en materia de protección de datos y su tratamiento, pero de escasa normativa y reflexión en cuanto a la excepción periodística.

Por tanto, nos encontramos ante la imposibilidad/complejidad de saber si los datos aportados a la red pueden ser tratados jurídicamente por quienes ejercen la libertad de información, si los datos que manejan son fiables, si sus noticias son veraces y, en todo caso, aunque lo sean, si esas noticias “nos identifican”. Surge, de este modo, una interesante y complicada interrelación entre información periodística y datos que conforman nuestra identidad; entre dos derechos fundamentales, la

protección de datos y la libertad de información en el escenario de la revolución tecnológica.

Esta visión de la investigación exige —desde un análisis jurídico multinivel, transversal y eminentemente constitucional—, conocer la evolución del derecho a la protección de datos y los bienes jurídicos-constitucionales que protege. Para ello llevaremos a cabo un examen desde los debates constituyentes, y observaremos su desarrollo ligado a la revolución tecnológica; así como cuál es su contenido y los bienes y derechos que la protección de datos protege a su vez, en cada etapa; y cómo se relaciona, desde su “creación”, con la libertad de información.

Finalmente, a la luz del estudio previo y de los avances tecnológicos de los últimos años, analizaremos su contenido actual teniendo en cuenta la última jurisprudencia y la normativa vigente, comunitaria y nacional, en la que destaca la excepción periodística. Y abordaremos cómo se relaciona/coexiste con la libertad de información y si ello afecta a su contenido, buscando soluciones para su conciliación que podrían pasar, quizá de modo inevitable, por una posible reformulación del derecho a la protección de datos.

Palabras clave: Protección de datos, libertad de información, revolución tecnológica, excepción periodística, identidad.

ABSTRACT

This thesis is configured as a legal research on the fundamental right to data protection in the framework of freedom of information and in an environment of technological (r)evolution. Its objective is to analyze and reflect on the possible reformulation of the right to data protection, taking into account the technological advance and its coexistence with freedom of information in a digitalized society.

Technology is changing society, the way we relate to others; causing the contribution of enormous amounts of data to the network, which implies that others have a complete vision—or perhaps, quite possibly biased—about how we are, about our identity. At the same time, this technology has also transformed journalism, which handles a lot of information quickly, because the citizenry are constantly hungry for the latest news, at the click of a button. All of this within a context of extensive normative regulations regarding data protection and its processing, despite regulation and reflection regarding the journalistic exemption.

Therefore, we are faced with the impossibility/complexity of knowing if the data provided to the network can be processed by who exercises freedom of information, if the data they handle is reliable, if their news is accurate and, even if it is, if that pieces of news “identifies us”. In this way, an interesting and complicated interrelationship arises between journalistic information and data that make up our identity; between two fundamental rights, data protection and freedom of information in the scenario of the technological revolution.

This vision of research requires —from a multilevel, transversal and eminently constitutional legal analysis— to know the evolution of the right to data protection, as well as statutory and constitutional assets that it protects. Considering this, we will carry out an examination from the constituent debates and we will observe its evolution linked to the technological revolution; and how it is related, at each stage, with the freedom of information.

Finally, taking into account the previous study and technological advance in recent years, in addition to current jurisprudence and legislation, european and national, where stands out the journalistic exemption. We will address how it relates/coexists with the freedom of information and if this affects its content, in search of solutions for their conciliation that might happen, almost inevitably, through the reformulation of the right to data protection.

Key words: Data protection, freedom of information, technological revolution, journalistic exemption, identity.

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Abordar la protección en el marco de la libertad de información nos abre las puertas a un mundo tecnológico donde se entremezclan datos, software, big data, personas, derechos..., que transforma la sociedad y en el que son claves el desarrollo de las TIC y la posibilidad de amplio acceso de la población a internet y a la IA.

En este contexto, nos adentramos en una evidente y constante paradoja. Así nos encontramos, si atendemos a las encuestas oficiales (como los barómetros del CIS), que la protección de datos no supone, *a priori*, un problema para la ciudadanía, ya que entre el bloque de preguntas que regularmente se efectúan en los barómetros mensuales, como las relativas a los principales problemas de los ciudadanos, no se realiza ninguna referida a la protección de datos. Y tampoco se incluye la protección de datos entre las posibles respuestas a esos problemas¹. No obstante, cuando la pregunta es incorporada al barómetro —como ocurrió en el barómetro del CIS de 2018—, nos damos cuenta de que sí es un tema de preocupación creciente. En el citado barómetro, nos encontramos así con un índice de preocupación alta o muy alta que alcanza al 76,1% de las personas encuestadas².

¹ A modo de ejemplo, *vid.* las respuestas previstas para las preguntas siete y ocho del barómetro del CIS de mayo de 2018. Disponible en:

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3213marpdf>. (Consulta: 6/04/24).

Vid. las respuestas previstas para las preguntas dieciséis y diecisiete del barómetro del CIS de mayo de 2021. Disponible en:

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3322marpdf>. (Consulta: 6/04/24).

Vid. las respuestas previstas para las preguntas cinco y seis del barómetro del CIS de mayo de 2023. Disponible en:

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3405marpdf>. (Consulta: 6/04/24).

² Siendo la pregunta la preocupación sobre “La protección de datos personales y el posible uso de información personal por otras personas”. Disponible en:

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3213marpdf>. (Consulta: 21/02/24).

El efecto paradójico al que nos hemos referido estriba en que, por un lado, para el poder político la protección de datos personales no es una preocupación, pues no incluye la privacidad entre las preguntas que son habituales en las encuestas del CIS. Y por otro lado, en que la ciudadanía, a pesar de que muestra un alto porcentaje de preocupación cuándo se le pregunta por ello, sin embargo hace un uso indiscriminado de internet³, tanto para la búsqueda de información —90,7%—, participación en redes sociales —67,9%—, o utilización de foros y chats —67,7%—, resultando que sólo el 3,8% de las personas entrevistadas lee siempre las políticas de privacidad de las páginas de internet que visita, mientras que el 62,7% no las lee nunca o rara vez⁴.

A casi al 50% de las personas encuestadas les importa más acceder a la información de la red que la privacidad de sus datos, quizás porque estamos en una sociedad que ha cambiado su concepto de privacidad y asume que debe prescindir de una parte importante de ella si quiere acceder a la información, a la que otorga una mayor relevancia; y también, quizá, porque ignora que desprendiéndose de una parte importante de su privacidad está otorgando mucha información, poder, a terceros: grandes empresas, Estados... Se pierde la conciencia de que se están convirtiendo en personas frágiles, manipulables y muy accesibles a información sesgada, a pesar de creer que tienen el “poder” precisamente por ese acceso a cantidades ingentes de información. Por tanto, estamos ante una masiva cesión de datos personales a terceros que quizás no se

³ El 81,8% de las personas encuestadas se conecta todos los días a internet. Disponible en:

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3213marpdf>. (Consulta: 21/02/24).

⁴ Cabría preguntarnos —como aspecto de interés futuro— si estos porcentajes están equilibrados entre mujeres y hombres, si lo ven igual, si luego les afecta igual...

realiza con plena consciencia de las consecuencias y que, sin embargo, es consentida⁵.

La tecnología y el mundo digital están transformando la sociedad, el modo en el que nos relacionamos con los demás, la forma en que conseguimos y aportamos información personal. Se producen grandes flujos de información⁶ obtenida, en su mayoría, con datos personales que se aportan “voluntariamente” a la red y que implican, tanto un beneficio económico, como una visión “completa” sobre cómo somos, sobre nuestra identidad, y que, en muchas ocasiones, no responde a la idea/concepción que tenemos de nosotros mismos, o que los demás tienen de nosotros —incluso, de lo que queremos mostrar o mostramos a los demás—.

El derecho tiene que adaptarse a esta nueva realidad, lo que, en principio, no supone novedad alguna; pero lo hace con gran dificultad teniendo en cuenta que nos encontramos con una ciudadanía que diariamente se conecta a internet, que aporta ingentes cantidades de datos personales, desconociendo el tratamiento que se les da; y con

⁵ Vid. RGPD, Considerando 32: “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta”.

⁶ Vid. RGPD, Considerando 6: “La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa... Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial...”.

hardware y softwares capaces de almacenar esa multitud de datos, de cruzarlos y procesarlos.

El derecho se enfrenta a un problema y la ciudadanía colabora a su generación. Somos adictos a la sociedad digital, actuamos “por necesidad”; nos preocupa, pero no sabemos prescindir de ello y desconocemos la utilización que terceros le dan a la información que incorporamos a la red. Y ello sin olvidar, que los avances tecnológicos de las últimas décadas han convertido la información en un instrumento que convierte a quien lo detenta en un auténtico poder. Existe un problema, pero no es con la información sino con quien consigue tenerla y gestionarla sin controles.

Es cierto que la información siempre ha significado poder para los poderes públicos y el sector privado, pero con la revolución tecnológica y la digitalización de la sociedad, el poder es mayor porque somos grandes consumidores de tecnología; y porque aportamos mucha información a la red, incluso por parte de quienes creen que no la aportan porque no disponen de redes sociales. La volcamos y, con ella, la inteligencia artificial, creada por cierto por el ser humano, y con parámetros que desconocemos, nos hace perfiles que el Estado y el sector privado pueden usar en su beneficio, con el hándicap que supone el que quizá puedan “bombardearnos” con información interesada, adaptada a cada perfil que determine la IA.

Al mismo tiempo, esta tecnología también ha transformado el periodismo, pues maneja —¿manipula?— mucha información, de manera rápida además, pues la ciudadanía está ávida de noticias nuevas constantemente, a golpe de *click*. Por lo tanto, en ocasiones podrá ser

imposible saber si las fuentes que los periodistas⁷ manejan son fiables, si sus noticias son veraces, toda vez que aquellas tienen que difundirse de modo rápido. Internet es así, a diferencia del periódico impreso.

Surge, de este modo, una interesante y complicada interrelación entre información periodística y datos que conforman nuestra identidad, toda vez que, como afirma el sociólogo y economista Juan Huaylupo, “...la comunicación no supone la veracidad, fidelidad ni univocidad de los enunciados que se transmiten. Ninguna alusión es una presentación imparcial ni absoluta, un énfasis particular a las palabras o expresión corporal orienta el significado del mensaje, que no necesariamente corresponde con la realidad...”⁸.

En este marco encontramos dos derechos fundamentales en juego, pilares de un sistema democrático⁹ y esenciales para la dignidad de la persona, como son la libertad de información y el derecho a la protección de datos; y ninguno de ellos, lógicamente, es absoluto. Así lo señala el RGPD en su art. 4: “*El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con*

⁷ Utilizaremos la expresión “periodistas” como sinónimo de quienes ejercen la libertad de información, ya se trate de periodistas profesionales o de ciudadanos que ejercen el llamado periodismo ciudadano. Y ello, no sólo porque en la era digital es tan importante el periodismo profesional como el que no lo es; sino también porque la CE, en su art. 20.1 d), no limita el ejercicio de la libertad de información al periodismo profesional.

⁸ HUYALUPO ALCÁZAR, J., “La incomunicación social en la globalización de las técnicas comunicativas”, *Revista de Ciencias económicas*, vol. 28, n.º 2, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2010, pp. 454-455.

⁹ *Vid.* STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio, FJ 7: “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática, en la medida en que le incumbe comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (asunto Jiménez Losantos c. España, Sentencia de 14 de junio de 2016; asunto Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia, Sentencia de 10 de noviembre de 2015; y asunto Von Hannover c. Alemania, Sentencia de 7 de febrero de 2012)*”.

otros derechos fundamentales...”. Es este entorno el que ha condicionado nuestra posición en el estudio de estos derechos fundamentales, que no por excesivamente tratados dejan de sorprendernos para plantearnos nuevos retos que van más allá de las simples, y al mismo tiempo complejas, teorías sobre su estrecha conexión con el derecho a la intimidad o la privacidad.

Todo ello ha contribuido a formar nuestra perspectiva para la realización de este trabajo de investigación. Nos ha proporcionado una visión amplia e interesante del tema que abarca multitud de ámbitos: la sociología, la economía, el derecho constitucional, internacional, penal, civil... lo que indudablemente enriquece el trabajo. No obstante, no pretendemos realizar un estudio que sólo se limite a glosar/recopilar normativa y jurisprudencia sobre el tema, sino que la pretensión es centrar nuestra mirada en el contenido del derecho a la protección de datos —bien entrado el s. XXI— al amparo del derecho fundamental a la libertad de información ejercida por periodistas en un contexto digital. Es decir, en su relación/conexión o conflicto con el ejercicio de la libertad de información. Es una tarea compleja, tanto por los rápidos avances tecnológicos, lo que conlleva la dificultad del derecho de adaptarse a tiempo, como por la inconcreción de conceptos jurídicos tan importantes como el de privacidad, veracidad o el de identidad digital, en constante transformación.

Así pues, esta tesis se configura como una investigación jurídica sobre el derecho fundamental a la protección de datos en el marco de la libertad de información, y en un entorno de (r)evolución tecnológica. Su objeto es descubrir —reflexionar y demostrar— la posible necesidad de reformular el derecho a la protección de datos a la luz de los avances tecnológicos y de su necesaria coexistencia con la libertad de

información en una sociedad digitalizada. Para así poder realizar, quizá, una propuesta de *lege ferenda* que permita una mayor garantía de los derechos o una reforma constitucional que, al menos, adapte los derechos fundamentales para ajustarlos a la realidad de una sociedad absolutamente digitalizada y que puede ofrecernos, con un simple ordenador, una visión completa de la identidad de cualquier persona.

Nuestra posición es la de establecer un contexto histórico previo, internacional, europeo y, sobre todo, un profundo estudio de los debates constituyentes con el objetivo de tratar de determinar el espíritu del art. 18.4 CE¹⁰ en el momento en que fue introducido en nuestra Constitución. Ello conlleva el estudio de los citados debates respecto de otros derechos que entendemos íntimamente ligados a él; y también un estudio doctrinal, así como de la normativa y jurisprudencia nacional y europea que nos acerque al concepto clásico de estos derechos, ligados a la revolución tecnológica. Con posterioridad se tratará de examinar los avances tecnológicos del s. XXI, lo que podríamos llamar segunda revolución tecnológica o auténtica sociedad digital, como punto de inflexión para un cambio en la forma de entender la conexión entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos.

Finalmente, a la luz del estudio previo y de los avances tecnológicos de los últimos años, analizaremos su contenido actual teniendo en cuenta la última jurisprudencia y la normativa vigente comunitaria y nacional —en la que destaca la excepción periodística—. Y reflexionaremos sobre cómo se relaciona/coexiste con la libertad de información y si ello afecta a su contenido, buscando las posibles soluciones para su conciliación. Ello nos conducirá a la cuestión de si debemos redefinir el derecho fundamental a la protección de datos,

¹⁰ Art. 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

afectado de lleno por la libertad de información; e, incluso, si debemos proponer una reforma constitucional donde el derecho a la identidad tenga una configuración más explícita, dados los avances tecnológicos; o una propuesta de *lege ferenda* para ampliar el contenido de la protección de datos o, al menos, para mejorar la conciliación con la libertad de información. En estos dos últimos casos, sobre la base de ese derecho a la identidad reconfigurado y convertido en un explícito límite a la libertad de información.

En este contexto es en el que fijamos el objeto de nuestro trabajo. Contexto en el que destacan los avances de la informática en las últimas décadas; las nuevas tecnologías, con la IA a la cabeza; la proliferación de medios de comunicación digital; la falta de educación digital; así como la necesidad individual de obtener e incorporar a la red datos personales, lo que implica que los demás puedan obtener rápidamente una visión “completa” de nuestra identidad, pero que, quizá, es sesgada, discriminatoria, lesiva de nuestra dignidad... Todo ello ha permitido plantear el problema, objeto principal de nuestra investigación, de cómo coexisten el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la libertad de información en un contexto de (r)evolución digital; lo que nos lleva a preguntarnos si el derecho a la protección de datos nos protege suficientemente de la actividad periodística en un mundo digital o si, por el contrario, necesitamos dotarlo de un nuevo contenido que actúe como límite de la libertad de información o incluso introducir un nuevo derecho fundamental que coexista con la protección de datos.

La jurisprudencia constitucional ha otorgado un amplio contenido al derecho a la protección de datos¹¹, que podríamos decir que coincide

¹¹ *Vid.*, entre otras, STC, Sala 1ª, 292/2000, de 30 de noviembre, en cuyo FJ 6 se hace constar que “*De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho*

con el espíritu constituyente de protegernos del uso de la informática para que no se vulnere el pleno ejercicio de nuestros derechos. El TC alude a la protección de los datos personales relevantes que “*tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado*”¹². Pero tras esta afirmación suele ligar siempre, en las primeras etapas, este derecho con alguno/s de los derechos del art. 18.1 CE, por lo que resulta interesante concretar su contenido y los derechos y bienes constitucionales en juego en las distintas épocas examinadas.

fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 C.E., sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, F.J. 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 C.E., e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 C.E., al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>. (Consulta: 19/03/24).

¹² STC, Sala 1ª, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

Por otra parte, la delimitación del derecho a la información¹³ se ha realizado siempre tomando como referencia los clásicos derechos citados, honor, intimidad e imagen, y los tradicionales medios de comunicación, por lo que se requiere también su actualización a la luz de los nuevos retos digitales. Ello con el objeto de poder concluir si necesitamos una reformulación del derecho a la protección de datos para una eficaz coexistencia entre ambos derechos.

Con esta investigación se pretende partir de un contexto histórico/constituyente y de una teoría clásica del derecho a la protección de datos y a la libertad de información¹⁴, para poder determinar su contenido actual e incluso su reformulación. Y ello, a la luz de los enormes avances tecnológicos de los últimos años, que nos deberían permitir ofrecer algunas soluciones a los nuevos retos que surgen del conflicto entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información, en una sociedad digitalizada. Se hace para ello especial hincapié en posibles bienes y subderechos¹⁵ que puedan entrar en juego; en la incidencia de los avances tecnológicos sobre los medios de

¹³ Art. 20.1 d) CE: “1. Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

¹⁴ Vid. STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio, FJ 7: “Del mismo modo, y por la conexión que existe entre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE, se puede decir que también el derecho a la autodeterminación de datos personales, el derecho a la supresión de esos datos de una base informatizada gestionada por un medio de comunicación, el derecho al olvido respecto de las hemerotecas en suma, puede ceder frente a la libertad de información en determinados supuestos”.

¹⁵ *Ibidem*, FJ 5: “...la configuración que hace nuestra jurisprudencia del art. 18.4 CE, al definirlo como un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer “frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales” (STC 290/2000, FJ 7), y establecer que tales derechos son, entendidos como haz de facultades de su titular, el derecho a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, y el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos, esto es el derecho de supresión (en este sentido, STC 290/2000, FJ 7)”.

comunicación, sobre la privacidad de la persona y sobre los derechos fundamentales afectados.

En ningún caso se trata, a pesar de la literalidad del art. 18.4 CE, de otorgarle un contenido que limite o restrinja la informática; algo, por otra parte, de todo punto improbable ante los avances de la tecnología y la necesidad inexorable que tenemos de ella en nuestra vida diaria y para acceder a la información. Se trata de examinar, desde la perspectiva que nos da encontrarnos en un momento de revolución tecnológica imparable, cómo ha evolucionado el derecho fundamental a la protección de datos desde sus orígenes constitucionales, pasando por su creación jurisprudencial y desarrollo doctrinal. Y ver si desde la perspectiva de esta época de digitalización de la sociedad y de su coexistencia con el derecho fundamental a la libertad de información, el contenido actual de la protección de datos es el mismo y, sobre todo, si es suficiente para la conciliación con la libertad de información y para proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de sus titulares. Y se trata también de formular propuestas que, desde una perspectiva constitucional, establezcan un marco en el que convivan ambos derechos fundamentales partiendo de la idea de que no creemos, *a priori*, que se trate de controlar la información o de imponerle límites que hagan inviable su ejercicio; sino de protegernos frente a información que, como hemos dicho, pueda estar ofreciendo una visión sesgada — parcial— de nosotros, contraria a nuestra identidad.

Aunque no es nuestro principal objetivo, sí vamos a intentar clarificar cuestiones tratadas, de manera dispersa y no completa, por la normativa vigente y la jurisprudencia actual, con el análisis de aspectos como sobre qué datos se puede informar, cómo y en qué proporción. Sin embargo, el objetivo principal es ir un poco más allá. No es restringir la

información, nada más alejado de nuestra visión de eje fundamental de un sistema democrático, sino descubrir si el contenido del derecho a la protección de datos ha variado desde su creación y es suficiente para protegernos en la actualidad del ejercicio de la libertad de información por el periodismo en los medios digitales. Y además, si el cambio de su contenido se produce, tanto por la influencia de la revolución tecnológica, sin precedentes, en la que estamos inmersos; como por su conciliación con la libertad de información que está escasamente regulada, tanto en la normativa como en la jurisprudencia actual. Y, finalmente, qué papel juega en todo ello la identidad digital.

Así, comenzamos nuestro trabajo con una primera y segunda parte en la que abordamos el contexto histórico y constitucional del derecho a la protección de datos y a la libertad de información, sin olvidarnos de otros derechos que también consideramos implicados en la determinación del contenido del derecho a la protección de datos. De esta forma fijamos su origen histórico, internacional y, sobre todo, europeo y estatal, así como el espíritu y finalidad de ambos derechos al inicio de su inclusión como derechos fundamentales, realizando un profundo análisis de los debates constituyentes, para tratar también el concepto clásico de los mismos desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial durante la primera revolución tecnológica.

Posteriormente, una vez fijado este contexto histórico, así como el concepto clásico de los derechos, nos adentramos en una tercera etapa en la que se “crea” el derecho a la protección de datos, consecuencia de los avances tecnológicos y de la necesidad de regularlos. En la cuarta etapa exponemos los retos que se le plantean a la protección de datos y a la libertad de información, consecuencia de la globalización tecnológica, así como su actual contenido a la luz de la última jurisprudencia y de la

vigente normativa comunitaria y nacional, para observar cómo ha evolucionado su contenido desde los inicios.

Finalmente, a la luz del estudio previo y de los avances tecnológicos de los últimos años, determinaremos cómo podemos conciliar el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de información y si su conciliación ha variado el contenido de la protección de datos, resultando insuficiente para protegernos. Por tanto, buscando soluciones a esa coexistencia, que quizá están relacionadas con nuestra identidad o identidad digital; y que pasan, de manera casi insoslayable, por una reformulación del derecho a la protección de datos tratando de dar soluciones a los retos tecnológicos a los que se enfrenta la protección de datos en un mundo periodístico digitalizado.

En cuanto a la metodología empleada en esta tesis utilizamos las técnicas propias de la investigación jurídica. Realizamos, respecto del material utilizado, un análisis eminentemente deductivo (partiendo de conceptos generales para alcanzar conclusiones sobre los conceptos claves), inductivo (con la obtención de conclusiones inferidas de un estudio individual de los temas tratados) y, sobre todo analítico. Un análisis jurídico que es, al mismo tiempo, multinivel y transversal; que ha enriquecido nuestra perspectiva, eminentemente constitucional. Se acompaña todo ello de una recopilación y análisis exhaustivo de la legislación vigente sobre la materia, tanto española como europea, poniendo especial énfasis en la doctrina más relevante; y se examinan las principales resoluciones tanto de nuestro Tribunal Constitucional, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y, en menor medida, del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y de nuestro Tribunal Supremo, así como los más destacados informes y resoluciones de las Agencias de Protección de Datos.

Este análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, junto con la perspectiva multinivel, nos ha permitido profundizar y alcanzar una amplia visión de los derechos fundamentales en juego y con ello la aportación de un nuevo planteamiento teórico que, esperemos, permita una mayor tutela de la protección de datos sin restringir la libertad de información, y que contribuya a una mejor conciliación, o al menos más clarificada, entre ambos derechos fundamentales.

Ha de destacarse que la tesis “bebe” brevemente, y de manera lógica, como no podría ser de otro modo, de trabajos de investigación y de estudios previos como el trabajo fin de master, sobre alguno de los derechos fundamentales en juego presentes en este trabajo, aunque sea de manera quizás transversal.

Al mismo tiempo, y al hilo de la tesis, se ha publicado un capítulo de libro: ORTS RODRÍGUEZ, A., “La -de-limitación del derecho de defensa en una justicia digitalizada”, en SANJUÁN ANDRÉS, F.J. (dir.) y TUR AUSINA, R. (coord.), *El constitucionalismo ante la digitalización de la realidad social, Cuadernos digitales. Derecho y nuevas tecnologías*, n.º 9, Aranzadi, Madrid, 2024. ISBN 978-84-1162-151-9.

Y, a su vez, una parte de la tesis ya ha sido objeto de publicación:

1. Como artículo de revista en coautoría con la directora y la codirectora de la tesis: ORTS RODRÍGUEZ, A., TUR AUSINA, R. y RECHE TELLO, N., “Digitalización de la sociedad. ¿(Des)protección de los derechos fundamentales?”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, n.º 3, CEJUP, Madrid, 2023, pp. 243-266. ISSN 2792-226X.

2. Como capítulo de libro: ORTS RODRÍGUEZ, A., “Derecho a la protección de datos personales ¿alejado de los

constituyentes?”, en TUR AUSINA, R. (dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022. ISBN 9788413454559.

PARTE PRIMERA

PROTECCIÓN DE DATOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y DEBATES CONSTITUYENTES

I. Una primera aproximación

Tanto la protección de datos como la libertad de información son dos derechos que se configuran y mutan de forma significativa desde sus respectivos reconocimientos constitucionales a lo largo de los años. Dos derechos que, además, han permeado de unos ordenamientos a otros. Por ello, se trata de enfocar su contexto y evolución desde la ciencia jurídica comparada al mismo tiempo que marcamos dos grandes fases en su desarrollo: lo que llamaremos la era clásica y la era digital.

Los orígenes históricos, conceptualización, así como la configuración inicial, en tanto derechos fundamentales, del derecho a la protección de datos¹⁶ y del derecho a la libertad de información¹⁷ son un pilar fundamental para su conocimiento jurídico. Ello sin olvidarnos de otros derechos que, al menos en un primer momento, consideramos también implicados en su contenido, como el derecho a la libertad personal¹⁸ e, incluso, no menos importante, el derecho a la integridad psíquica¹⁹.

Es de suma importancia acercarnos al contenido que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional nos ofrecen de los

¹⁶ Art. 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” en relación con el art. 18.1 CE “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

¹⁷ Art. 20.1 d) CE: “1. Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

¹⁸ Art. 17.1 CE: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y formas previstos en la ley”.

¹⁹ Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)”.

posibles derechos en juego, para poder fijar posteriormente el contenido de la protección de datos antes de adentrarnos en la era digital y examinar si es necesaria una redefinición del mismo.

II. Origen del derecho a la protección de datos

Para un adecuado estudio, del llamado por la jurisprudencia constitucional, derecho a la protección de datos, resulta conveniente conocer su origen histórico y su *iter* constitucional para, posteriormente, realizar un estudio detallado de los derechos fundamentales que subyacen en el mismo.

1. La *privacy* norteamericana

Hemos de ahondar en el Derecho comparado para encontrar una primera referencia lejana que nos sirva de base al actual derecho a la protección de datos; y la hallamos en un artículo (*The Right to Privacy*) escrito por dos abogados estadounidenses a finales del s. XIX²⁰, que parten de un estudio realizado unos años antes por el Juez Cooley sobre el *Right to be let alone* (*derecho a no ser molestado*).

Esta es la primera referencia al derecho a la privacidad, concepto jurídico de difícil determinación, incluso por la propia jurisprudencia norteamericana, “*aunque desde sus orígenes la formulación del derecho a la privacidad adquiere una connotación caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, especialmente del*

²⁰ WARREN, S. y BRANDEIS, L., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review Association*, vol. IV, n.º 5, diciembre 1890. Disponible en: https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. (Consulta: 14/03/24).

Estado y los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía”²¹.

Warren y Brandeis provocan una revolución al dar soluciones jurídicas a los conflictos prácticos que se suceden en la vida privada de la ciudadanía norteamericana, ante lo que para ellos es una revolución tecnológica con el desarrollo de la prensa escrita y de los medios de grabación de la imagen y el sonido. La gran aportación del concepto de privacidad que ofrecen estos autores es que pasamos de un concepto clásico e individualista, relacionado con la propiedad privada, a un concepto más amplio que considera el derecho a la privacidad como un derecho constitucional, íntimamente ligado a la dignidad de la persona, como un derecho de la personalidad. Se trata del derecho a ejercer control sobre la información que afecta a cada persona²² lo que, visto desde la actualidad, no deja de ser un salto cualitativo. Y podría entenderse que es el origen remoto, con matizaciones que expondremos, de la deriva que debería tomar nuestro actual derecho a la protección de datos. Y ello siempre teniendo en cuenta que no nos referimos, en lo que atañe a la transmisión de informaciones, a la libertad de expresión en sentido estricto, libertad de opinión, sino a la libertad de información ejercida por periodistas en el ámbito digital.

Esta concepción novedosa, que va más allá del concepto tradicional de intimidad, se recoge en diversas resoluciones de los Tribunales norteamericanos, como “en el caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, en el que una joven estudiante demandó a la empresa Rochester por publicar miles de litografías de su imagen con fines

²¹ SALDAÑA DÍAZ, M.N., “The Right to Privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político*, n.º 85, UNED, Madrid, Septiembre-Diciembre 2012, p. 200.

²² Parafraseado de WARREN, S. y BRANDEIS, L., *obra cit.*, pp. 193-220.

comerciales sin su consentimiento, alegando expresamente la teorización de Warren y Brandeis en su defensa. El Tribunal de Nueva York reconoció la violación del derecho a la privacidad, estimando que la imagen de una persona tiene un valor que pertenece exclusivamente a su titular, salvo que medie su consentimiento expreso”²³. La concepción de estos dos abogados continuará teniendo virtualidad en la doctrina y jurisprudencia norteamericana del s. XX. En ese periodo se dictan las primeras leyes sobre protección de datos, ineludiblemente ligadas a la revolución que supuso el uso de los ordenadores como mecanismo de obtención y almacenamiento de información. La mayoría de ellas no son leyes generales o estatales, sino de los Estados federados y, fundamentalmente, regulan la protección de datos en el ámbito del sector público. La primera ley general que se publicará será la *Privacy Act* de 1974, que permitía a la ciudadanía proteger sus datos, prohibiéndose su utilización sin el consentimiento del titular, con una finalidad distinta para la que inicialmente fueron recabados.

2. Orígenes constitucionales en el continente europeo

En este contexto, aparecen en Europa diferentes leyes sobre protección de datos, entre las que destaca sobre las demás, por su carácter pionero, la Ley alemana del Land de Hesse (*Datenschutz*) de 7 de octubre de 1970. Se trata del primer texto que regula la materia y que, además, utiliza por primera vez en una norma el término protección de datos. Esta ley pone el énfasis en la protección de los datos de las personas físicas frente a su tratamiento por las administraciones, y crea una figura independiente para velar por su cumplimiento, el Comisario

²³ SALDAÑA DÍAZ, M.N., *obra cit.*, p. 221.

de Protección de Datos. Tras ella, y ya en el ámbito estatal, debemos referirnos a la *Data Lag* de Suecia 1973/289, de 11 de mayo de 1973, que protege los datos de las personas físicas en el sector público y privado, y crea una autoridad pública competente que, salvo excepciones, debe autorizar el tratamiento de los datos (*Datainspektionen*). Posteriormente, el 27 de abril de 1977 el Parlamento Federal Alemán aprueba la Ley Federal Bundesdatenschutzgesetz, centrada en el concepto *Mißbrauch*, referido al abuso y contravención de la informática. Esta norma efectúa una profunda regulación de derechos tan importantes como los de acceso, rectificación o cancelación. Por su parte, en Francia se publica la Ley n.º 78-17, de 6 de enero de 1978, cuyo art. 1 es clave, pues señala que la informática “*No debe perjudicar ni la identidad humana, ni los derechos humanos, ni la intimidad de las personas, ni las libertades individuales o públicas*”²⁴. Y es que, por vez primera, estamos ante una norma que no se limita a conectar la protección de datos con la intimidad, sino que va más lejos. Con ello se observa un camino hacia la imbricación de distintos derechos dentro de la protección de datos pero, sobre todo, quizá la cuestión más relevante es que la ley francesa se refiere a los conceptos de intimidad e identidad como no lo habían hecho antes otras normas.

En nuestro entorno más cercano es necesaria la referencia a Portugal, primer país que incluye en su Constitución la protección de datos como derecho fundamental. Así, la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 en su art. 35 (actualmente reformado), señalaba que “*1. Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que constare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se*

²⁴ TÜRK, A., “La ley francesa de protección de datos de carácter personal”, *Curso de verano: Hacia un nuevo Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de datos*, UIMP, Santander, 2005, p. 2.

*destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización. 2. La informática no puede ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se tratare del proceso de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos”*²⁵. Una de las reformas que sufrió este artículo fue la de sustituir, en el año 1982, el término *registros mecanográficos* por *registros informáticos*. Pero si por algo destaca su primera redacción es por incluir importantes conceptos como el derecho de rectificación y actualización de datos, así como la referencia a los datos sensibles. Todo un avance normativo de nuestro país vecino, que supo ver la importancia de este derecho e incorporarlo a un texto constitucional. Evidentemente los legisladores lusos debían conocer toda la legislación europea sobre la materia, pues ya se había promulgado la Ley alemana del Land de Hesse del 70 o la Data Lag de Suecia del 73. Y resulta curioso, precisamente, que nuestros constituyentes, conocedores de este precepto, no lo utilizaran e incorporaran a nuestra Constitución.

Con posterioridad, hay que destacar dentro de este *iter* cronológico, la Ley federal austriaca sobre protección de datos, de 18 de octubre de 1978, que atribuye rango constitucional a algunos de sus artículos, entre otros al art. 1, según el cual *“Toda persona tiene derecho a exigir y a hacer valer en juicio que sean mantenidos en secreto los datos personalizados que le conciernen, en la medida en que sobre los mismos tuviere un interés digno de protección, en especial en relación con el respeto a su vida privada y familiar.*

²⁵ ASPAS ASPAS, J.M., “El derecho a la autodeterminación informativa en la ley portuguesa de protección de datos de 1991. Sujetos, contenido y garantías”. *Informática y Derecho*, UNED, 1994, p. 278.

Sólo serán admisibles limitaciones al derecho reconocido en el primer párrafo si así lo exigiere la salvaguarda de intereses legítimos de otro o si tales limitaciones tuvieren su base en leyes que fueren necesarias en virtud de las razones que se mencionan en el artículo 8, segundo párrafo, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aun en el supuesto de tales limitaciones deberá darse la primacía al trato confidencial de los datos personalizados.

Toda persona tendrá, siempre que se elaboraren datos acerca de ella con ayuda de medios automáticos, el derecho a exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, información acerca de quién obtiene o elabora datos acerca de ella, de dónde proceden los datos, de cuáles son los datos, qué contienen y para qué son empleados.

Toda persona tendrá, siempre que se elaboren datos acerca de ella con ayuda de medios automáticos, el derecho a exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, la rectificación de los datos inexactos y el de exigir la cancelación de los datos obtenidos o elaborados indebidamente.

Sólo si se dieran las condiciones aludidas en el segundo párrafo, serán admisibles limitaciones con respecto a los derechos aludidos en los párrafos tercero y cuarto.

Siempre que los entes de Derecho público ejercieren sus funciones sirviéndose de las formas del Derecho privado, el derecho fundamental a la protección de datos se hará valer por el cauce de la jurisdicción ordinaria”²⁶.

²⁶ HEREDERO HIGUERAS, M., “Traducción de la Ley austriaca de 18 de octubre de 1978 de protección de datos personalizados”, p. 134. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4402/4456>.(Consulta: 14/03/24).

Nos encontramos, como fácilmente se observa, con una norma que incluye una amplia regulación de la protección de datos como derecho fundamental. Aunque es cronológicamente anterior a la Constitución española, no pudo influir en nuestros parlamentarios por la cercanía de las fechas de publicación, existiendo pocas probabilidades de que conocieran su contenido.

Cualquier avance tecnológico, no sólo informático, por insignificante que nos pueda parecer ahora, y tal y como aconteció a principios del s. XIX con los primeros sistemas de grabación de imagen y sonido, contribuyó a iniciar el largo camino hasta nuestra actual regulación constitucional sobre la protección de datos. Es interesante que ya, desde los inicios, en las distintas legislaciones sobre protección de datos, el derecho aparezca íntimamente ligado a la intimidad e ineludiblemente también a la información. Tecnología e información son, así, los dos ejes que sustentan todas las regulaciones destacadas en protección de datos, con especial referencia a la informática, definitivamente implantada en nuestras vidas. Estas leyes destacaron tanto las bondades y las ventajas de la informática, como sus riesgos y desventajas.

Sobre todas las leyes europeas en la materia, debemos darle un papel fundamental a la Ley del Land de Hesse, por la revolución que supuso una regulación tan completa, además de ser la primera que utiliza el concepto de protección de datos que se va a mantener en las normas posteriores, sin que ni siquiera haya sido sustituido por otro en la actualidad. Por último, pero no menos importante, ha de señalarse cómo la Ley francesa, con un punto que podría calificarse de visionario, introduce nuevos bienes constitucionales a proteger frente a la informática, como el de la identidad humana.

3. La Constitución Española de 1978: los debates constituyentes

3.1. Artículo 18.4 CE

Años antes de promulgarse la Constitución del 78, se había publicado en España un Decreto de la Presidencia del Gobierno: el Decreto 2280/1970, de 12 de septiembre, que crea la Comisión Interministerial de Informática y el Servicio Central de Informática. Su artículo primero ofrecía una definición de la informática señalando que *“...se entenderá por informática el conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de proceso de datos. A los mismos efectos, se considerarán equipos de procesos de datos aquellas máquinas y dispositivos capaces de elaborar información en forma digital siempre que la entrada de los datos o la salida de los resultados tenga lugar sobre un soporte creado o aceptado por otras máquinas. Asimismo, se entenderá por equipos de procesos de datos las máquinas y dispositivos capaces de aceptar o crear dichos soportes de información o de transmitir ésta a otras unidades”*²⁷.

En este contexto, parecería bastante claro que el marco normativo europeo sobre protección de datos y, sobre todo, la regulación de la Constitución portuguesa, junto con la creación en España en 1970 de una Comisión Interministerial de Informática, debieron influir en nuestro legislador a la hora de incorporar la referencia a la informática en el art. 18.4 de la Constitución.

²⁷ BOE, n.º 243, de 10 de octubre de 1970, p. 16662. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1970/10/10/pdfs/A16662-16663.pdf>.(Consulta: 14/03/24).

No obstante, para conocer si en ese momento se estaba pensando ya en el derecho a la protección de datos o solamente en una regulación constitucional específica que protegiera los derechos al honor e intimidad frente a la utilización de la informática, hemos de adentrarnos en profundidad en los debates constituyentes. Sólo desde esta perspectiva, desde la visión de nuestros primeros parlamentarios, podremos saber si ciertamente nos encontraremos con posterioridad, como a primera vista parece y suele señalarse, con un nuevo derecho de construcción jurisprudencial apartado de la finalidad pretendida por el legislador.

Una vez que la Ponencia elegida por la Comisión Constitucional provisional²⁸ concluyó sus trabajos, se publicó en el Boletín oficial de las Cortes n.º 44, de 5 de enero de 1978²⁹, el Anteproyecto de Constitución con los correspondientes votos particulares. El art. 18.4 tenía la siguiente redacción “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos*”³⁰. Fueron diversas las enmiendas que se introdujeron a este primer texto³¹. Algunos de nuestros primeros diputados, aunque fueron prudentes en las redacciones alternativas que propusieron, tenían una visión acertada de la importancia que iba a tener la tecnología en nuestras vidas, sobre todo la informática; y así queda plasmado en los posteriores debates de sus enmiendas, que van mucho más lejos del

²⁸ Creada, por acuerdo del Congreso, el 27 de julio de 1977.

²⁹ *Vid.* BOC, n.º 44, de 5 de enero de 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF. (Consulta: 19/03/24).

³⁰ *Ídem.*

³¹ Al respecto, las enmiendas al actual art. 18.4 CE, en el Anteproyecto de la Constitución. Disponible en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 19/03/24).

contenido actual del derecho a la protección de datos que ha perfilado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia.

Enmienda número 2³²: esta posición interesó la supresión del art. 18.4 por estar incluido su contenido en el art. 20.6³³. Por tanto, parece no dar la importancia a la informática que sí daban todas las leyes europeas que regulaban la protección de datos, e incluso aquellos países que la habían introducido formando parte de un derecho fundamental.

Enmienda número 16³⁴: propone “*la sustitución de la palabra informática por la más sencilla y clara de información*”³⁵. Es llamativo que no identifica la informática con medios tecnológicos, pareciendo confundir conceptos tan lejanos, al menos hoy y creemos que también entonces, como informática e información. Y alejándose totalmente del concepto que de informática ofrece el Decreto de 1970 y que parece que debiera conocer. Es lógico que las enmiendas 2 y 16, al ser introducidas por quienes pertenecen a un mismo grupo político, Alianza Popular, coincidan en la eliminación de la referencia a la informática, aunque también es de todo punto incomprensible. Lo llamativo, por un lado, es que la justificación de la supresión sea que la informática resulta un

³² El primer firmante es D. Antonio Carro Martínez, de Alianza Popular. Quieren eliminar la referencia a la informática, toda vez que el art. 20.6 no sólo no la incluye, sino que forma parte del artículo relativo, según la redacción del Anteproyecto, a la libertad de expresión, información y cátedra, entre otras.

³³ Art. 20.6 CE: “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que las desarrollan y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*”.

³⁴ El primer firmante es D. Alberto Jarabo Payá de Alianza Popular. Su justificación es que considera “*que la informática se ha convertido en la actualidad en una ciencia muy amplia en contenido y objetivos, que abarca toda una problemática independiente del individuo como persona integrante de una familia y de una sociedad*”. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

³⁵ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

problema alejado del individuo, algo que, valga la redundancia, sí resulta alejado de la realidad social y normativa de su entorno más cercano. Por otro lado, hay que poner de relieve la conexión que realizan ambas enmiendas a la información que, sin que deba confundirse en ningún caso con la informática, pone en evidencia que se trata de una cuestión de gran relevancia. Y la referencia a la información es importante, incluso en este momento; aunque nuestros constituyentes, por la etapa tecnológica en la que se encuentran, no supieran ver que, efectivamente, uno de los grandes temas que pivotan en la protección de datos es la tutela frente a la ingente información que volcamos y extraemos amparados en las nuevas tecnologías.

Hemos de incidir en que estas dos enmiendas no acaban de ver la entidad propia de la informática como medio tecnológico de transmisión de comunicación, de proyección de la información como contenido, que la multiplica exponencialmente. Simplemente dichas enmiendas se quedan ancladas en la idea de que el honor, la intimidad y la propia imagen se pueden ver afectados por la información. Parece obvio que no tenían muy claro el alcance del 18.4 CE.

Enmienda 79³⁶: que interesa la modificación en el siguiente sentido: “*La ley limitará el uso de la informática y de cualesquiera otros procedimientos que pudieran dañar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos*”³⁷. Con ello revela una preocupación por garantizar determinados derechos fundamentales, honor e intimidad, más

³⁶ El primer firmante es D. Emilio Gastón Sanz, del Grupo Parlamentario Mixto, y la justificación es la “*necesidad de garantizar la intimidad personal y el honor de los ciudadanos frente a cualesquiera técnicas o procedimientos que pudieran dañarlo*”.

Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

³⁷ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

allá de la regulación contenida en el art. 18.1; y además, la intención de protegerlos no sólo frente al uso de la informática, sino también frente a otros procedimientos. Es decir, que ha captado que el problema son los “medios” a través de los cuales se transmite la información. Asimismo, pone el énfasis en los mecanismos/medios a través de los cuales se transmite información, porque tan importante como la información misma es el medio por el que se transmite, hasta tal punto que el medio determina la gravedad de la lesión del derecho a la protección de datos.

Enmienda 117³⁸: que propone como redacción lo siguiente: “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”³⁹. Supone un gran avance para el contenido actual del derecho a la protección de datos, toda vez que consideran necesario ampliar la protección de derechos frente al uso de la informática. La referencia a la informática trasciende, pues, los derechos del art. 18 CE e implica un elemento a tener en cuenta para el correcto ejercicio de cualquier derecho. Esto abona la tesis de que la protección de datos no necesariamente ha de quedarse en el art. 18, sino que puede ser un derecho que afecte, o se alimente, de otros derechos y bienes. La doctrina mayoritaria, y los tribunales, han deducido que mediante la protección de datos se protege la privacidad, quizá porque sustancialmente está en el art. 18. Sin embargo, el mismo artículo

³⁸ El primer firmante es el grupo de Minoría Catalana que considera que “*La limitación establecida en el presente artículo, centrada exclusivamente en el honor y la intimidad personal y familiar, parece ignorar que los posibles perjuicios del uso de la informática pueden producirse, además y de manera fundamental, en el ejercicio de los derechos tanto políticos como cívicos por parte de los ciudadanos*”. Disponible en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

³⁹ Disponible en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

permite ver que, en realidad, la informática afecta a cualquier derecho; puede ser un peligro para cualquier derecho.

Enmienda 339: que propone el siguiente texto: “*La ley limitara el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar*”⁴⁰. Enmienda introducida por el grupo socialista del Congreso, justificándolo en que “*en el apartado cuarto se elimina la referencia a los ciudadanos, porque este derecho debe referirse a todos los hombres*”⁴¹. Aunque observamos que se recoge la justificación desde un lenguaje no inclusivo, se trata de una reflexión interesante, toda vez que pone de relieve que estamos ante un derecho ligado a la dignidad humana, que tienen todas las personas con independencia de la nacionalidad. Ello conecta con el tema de la titularidad de los derechos y las personas, que no ciudadanos.

Enmienda 470 con un texto del siguiente tenor: “*La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en archivos o registros susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional*”⁴². Esta es la única enmienda en la que se observa un salto cualitativo respecto a las demás, pues directamente regula los datos personales contenidos en determinados soportes. Se observa así la influencia de la legislación promulgada en países del entorno en materia de protección de datos, no perdiendo de vista, en particular, la Constitución portuguesa. No obstante, tras los debates la enmienda quedó en nada.

⁴⁰ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

⁴¹ *Ídem*.

⁴² Introducida por el grupo parlamentario mixto, para garantizar mejor los derechos regulados en este artículo. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

Enmienda 716⁴³: interesa la supresión del art. 18.4 por entenderlo subsumido como parte del 18.1. Es una enmienda técnicamente impecable, aunque se observa que, o bien no le dan importancia a los riesgos de la informática, o bien lo tienen tan claro, los riesgos que representa, que no hace falta mencionarlos.

Enmienda 779⁴⁴: que también aboga por la supresión del art. 18.4. Esta enmienda, como la anterior, al ser propuestas por el mismo grupo político, interesa la supresión de dicho apartado, lo que nos lleva a idéntica reflexión, debiendo esperar a los debates para conocer su verdadera intención.

Nos encontramos, al examinar todas las enmiendas presentadas, con tres grandes posturas:

a) La mantenida por quienes postulan la supresión del precepto al considerar irrelevante la referencia a la informática, toda vez que los derechos del 18.1 CE se deben proteger frente a cualquier medio. En principio, es una postura técnicamente correcta, toda vez que pretenden la protección de honor, intimidad e imagen frente a cualquier vulneración, ya se produzca por medios informáticos o de otro modo.

b) Una segunda postura implica la total modificación del artículo, y acoge una redacción más acorde con la legislación de nuestro entorno, al hacer referencia a la protección relativa a los datos personales.

⁴³ El primer firmante es D. Jesús Sancho Rof de UCD. Entiende que no hace falta mencionar el medio “informática” porque lógicamente la privacidad se protege frente a cualquier medio. Disponible en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

⁴⁴ Formulada por UCD, por considerar que se trata de una “*concreción innecesaria en una norma constitucional*”. Disponible en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

c) Y una tercera posición, muy relevante a los efectos de nuestra tesis, y cuyo estandarte es la enmienda 117, es aquella que defiende que la protección frente a los daños que puede causar la informática debe extenderse a todos los derechos y no sólo frente al honor e intimidad. Postura que se acerca a una protección integral de la persona frente al uso de la informática.

Por tanto, nos encontramos con posicionamientos muy dispares, que parecen oscilar de un extremo a otro, entre las que desconocen la relevancia de estas técnicas a aquéllas que pretenden la protección frente a cualquiera y que parecen reflejar que los diputados desconocen el tema, que no son conscientes de su importancia o, lo que es más importante a efectos jurídicos-constitucionales, que no hay consenso. Es evidente que estamos ante una materia novedosa, que les genera cierto desconcierto, lo que no parece tener demasiado sentido dada la extensa regulación que encuentran a su alrededor, sin necesidad de mirar más allá del entorno europeo o de su país vecino.

Hemos examinado la justificación que los representantes políticos dieron a las enmiendas que intentaban introducir, justificaciones muchas veces parcas, aunque en otras ocasiones decían más que la redacción propuesta para el texto constitucional, lo que conduce a llamar la atención sobre la relevancia de los debates, para conocer la verdadera intención de nuestros constituyentes. Su defensa constituye el punto de partida para determinar si el contenido del actual derecho a la protección de datos recoge el espíritu y la finalidad pretendida.

Así, tras las referidas enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia procedió a su estudio y publicó su informe y un nuevo texto de Anteproyecto en el Boletín Oficial de las Cortes, n.º 82, de 17 de abril de

1978⁴⁵. El artículo, ahora 17.4, vino a señalar que *“La ley limitará el uso de la informática de manera que quede a salvo el respeto a la intimidad personal y familiar y al honor de los ciudadanos”*⁴⁶. El informe fue debatido en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, durante veinticuatro sesiones, de mayo a junio de 1978. En la sesión celebrada el 19 de mayo de 1978⁴⁷, se defendieron las enmiendas al actual art. 18.4 CE.

Así, destaca la intervención del diputado Sr. Sancho Rof — enmienda 716— en la que interesa la supresión del art. 18.4 por entenderlo subsumido como parte del 18.1, señalando que *“Entiendo que la Constitución que estamos haciendo debe ser una Constitución duradera y se corre el peligro en este momento de que la informática se use en ella de forma desmesurada para aportación de datos, etc...”*⁴⁸.

⁴⁵ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF. (Consulta: 14/03/24).

⁴⁶ Vid. BOC de 17 de abril de 1978, p. 1533, en el que se hace constar cómo se aprobó la nueva redacción: *“Por mayoría, con el voto en contra de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático que proponen, de acuerdo con la enmienda n.º 779, la supresión del apartado. La Ponencia, con una modificación de estilo en la redacción, mantiene el texto del anteproyecto y no acepta la enmienda n.º 16 del Sr. Jarabo Payá, la enmienda n.º 79 del Sr. Gastón Sanz, la enmienda n.º 117 del Grupo de la Minoría Catalana, la enmienda n.º 339 del Grupo Socialista del Congreso, la enmienda n.º 470 del Grupo Mixto y la enmienda n.º 716 del Sr. Sancho Rof”*.

⁴⁷ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2526-2530.

⁴⁸ Defendió su enmienda con el siguiente alegato: *“La enmienda presentada a este apartado 4, proponiendo su supresión, realmente es más de forma que de fondo. Entiendo que la Constitución que estamos haciendo debe ser una Constitución duradera y se corre el peligro en este momento de que la informática se use en ella de forma desmesurada para aportación de datos, etc. Pero sucede que en el futuro puede haber otros medios; la informática es sólo un medio técnico y entiendo, con sinceridad, que la expresión del apartado 1 de “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” es una garantía en la forma de actuación, en el uso de los medios y en la utilización de la técnica, así que no entiendo por qué hay que hacer una mención expresa a la informática y no a otra serie de técnicas o medios que también pueden ir contra la intimidad personal y familiar y contra el honor de los ciudadanos pues en ese sentido, sinceramente creo que el apartado 4 sobra, pues*

Tiene razón el Sr. Sancho Rof y parece lógica su postura, pero también lo es que el constituyente quiera enfatizar o recordar algo que le preocupa especialmente; es una apuesta política, pues no decir nada más es parecer no querer darle importancia. Hemos de insistir en que técnicamente es impecable, pero pensemos en tantas y tantas previsiones existentes a lo largo de la Constitución que fueron una preocupación del momento —que se busque el retorno a España de personas inmigrantes, los mismos derechos para hijos habidos fuera del matrimonio...—. Por tanto, el que su pretensión fuera la de una “Constitución duradera” no está reñido, ni mucho menos, con hacer hincapié en cuestiones relevantes, que preocupan e inquietan, que pueden influir decisivamente en nuestras vidas —medios tecnológicos— y que un constituyente no puede presuponer, dar por hecho u obviar, sino que debe y puede querer referirlo expresamente en el texto constitucional.

Por su parte, el Sr. Gastón Sanz retiró su enmienda 79 —“*quería garantizar la intimidad personal y el honor de los ciudadanos frente a cualesquiera técnicas o procedimientos que pudieran dañarlo*”⁴⁹ —, y la consideró subsumida en la del grupo mixto —que es la única que recoge la referencia a los datos personales—, y que como bien refiere el propio

realmente en base al apartado 1 las leyes de desarrollo de la Constitución establecerán la garantía del honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen tanto frente a la informática como a cualquier otro medio técnico o cualquier conducta individual o colectiva. Entiendo, por lo tanto, que este apartado 4 sobra, porque lo que hace simplemente es ampliar a un aspecto muy concreto de una técnica de este momento lo que dice el punto 1, por lo cual proponemos la supresión”.

Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2526.

⁴⁹ Al respecto, Gastón señala que la enmienda del “Grupo Mixto no pretende otra cosa que dar una explicación un poco más larga a la cuestión de la informática; lo único que dice es que “la ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en los archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional”, es decir, en lugar de utilizar la palabra “informática” se trata simplemente de dar una explicación acerca del alcance de ella”. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2527.

Gastón, son distintas. Creemos que era mucho mejor la justificación que acompañaba a la enmienda 470 del grupo mixto que la defensa que el Sr. Gastón realiza de ella en el debate. Era, como hemos dicho, la única enmienda que parecía hacer un guiño a la legislación europea sobre protección de datos, muy tímidamente eso sí. Sin embargo, tras el debate, la enmienda pierde valor, ya que la informática es algo más amplio que la protección de los datos. Ha de señalarse que nuestros diputados tenían la referencia del concepto de informática que contenía el Decreto de la Presidencia del Gobierno, Decreto 2280/1970, de 12 de septiembre, cuyo artículo primero definía la informática como el *“conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de proceso de datos...”*⁵⁰; pero a pesar de ello parece no comprenderse el concepto, lo que nos hace reiterarnos en la idea de que muchos de nuestros parlamentarios parecen perdidos en esta cuestión tan relevante.

El Sr. Roca Junyent, por Minoría Catalana, defendió la enmienda 117 —el actual texto del art. 18.4 CE—, con la siguiente argumentación: *“esta enmienda se mantiene por entender que añade o incorpora al texto de la ponencia lo que es la expresión más definidora de la garantía ante el uso indebido que podía hacerse de la informática. Como todos los señores diputados conocen, es evidente que la informática está planteando problemas graves en los países más desarrollados de interferencias e injerencias en la libertad del ciudadano, hasta el punto, por ejemplo, de que está siendo en los Estados Unidos uno de los temas más controvertidos en la práctica diaria en relación con los derechos de los ciudadanos; allí son conocidas actuaciones en el orden de la libertad*

⁵⁰ Disponible en:
<https://www.boe.es/boe/dias/1970/10/10/pdfs/A16662-16663.pdf>.

de asociación, de reunión, de gestión y de iniciativa económica, libertades que se han visto todas ellas dañadas por el uso indebido de la informática generalizada. Por esto nos parece que cuando la ponencia limita este uso a los daños que puedan producirse al honor, a la intimidad personal y familiar, se queda simplemente en una reflexión parcial de los problemas, porque lo realmente grave aparece cuando esta información que puede dañar al honor incide en el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, es decir, cuando un ciudadano, por ejemplo, deseando constituir una asociación o promocionar una reunión, o bien practicar una actividad económica, encuentra que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de sus derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos. Por esta razón, expuesta muy brevemente para no cansar la atención de SS.SS., es por la que nosotros insistimos en nuestra enmienda, que fundamentalmente supone el incorporar entre los límites de la informática el de que se garantice el pleno ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos”⁵¹.

El Sr. Roca entiende el concepto de informática como sinónimo de información. Lo que puede ser una simple confusión, y no tanto un error de conceptos. Pero lo realmente interesante y sorprendente de esta enmienda es que, aunque incluye la referencia a la informática en el art. 18 CE, pretende la protección de todos los derechos, no sólo del honor y la intimidad, lo que supone, en nuestra opinión, un punto de inflexión en las posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica y contenido de nuestro derecho a la protección de datos.

⁵¹ *Ídem.*

Posturas que oscilan, principalmente, entre aquéllas que lo identifican con la intimidad y las que defienden el concepto de libertad informática o autodeterminación informativa, pero siempre ligado al concepto de intimidad. Estas posturas no parecen prever que el contenido pueda incluir otros derechos fundamentales alejados del derecho a la intimidad. Se trata de un dato que no puede pasar desapercibido, pues es el único parlamentario que hace referencia a los problemas que la informática plantea en países como Estados Unidos; no obstante, se echa en falta en todas las enmiendas la referencia al derecho comparado, a la legislación europea que regula la protección de datos, al uso y “abuso” de la informática y los medios tecnológicos, así como a la pionera Constitución portuguesa.

Por su parte, el Sr. Martín Toval —enmienda 339— que quería eliminar la referencia a los ciudadanos, interviene poniendo *“de manifiesto la importancia social de lo que ciertamente es una técnica de intromisión o, si se quiere, de limitación posible de esa intimidad, de ese honor personal y familiar de los ciudadanos, pero que va más allá y que afecta a la plenitud del ejercicio de los derechos previstos constitucionalmente (...) El tema es muy importante. parece que estamos hablando de una técnica más, pero es una técnica cada vez con más incidencia en el ámbito de estos derechos individuales a que nos estamos refiriendo (...) Consideramos, por tanto, muy útil que en la constitución se hable sobre este tema y justamente en este precepto. Asimismo que se establezca una cláusula de garantías de protección de esos derechos; que se incluya ya en el texto de la ponencia, pero también con referencia específica a la plenitud del ejercicio de todos los demás derechos reconocidos a la persona en la constitución. De ahí que*

*en este punto entendamos que la enmienda presentada por la minoría catalana permite integrar y clarificar esa cláusula de garantías*⁵².

Hemos de destacar que durante su intervención parece referirse a los datos; pero sobre todo son de relevancia dos cuestiones: la de establecer los límites al uso de la informática, sobre todo frente al Estado, lo que supone alinearse con la legislación europea que ya trata del control de los datos frente a la intervención de las autoridades y administraciones públicas; y, por otro lado, el hecho de que no parece que quiera limitar el uso de la informática para proteger sólo la intimidad y el honor, sino los demás derechos constitucionales de la persona, adhiriéndose a la enmienda de Minoría Catalana.

El Sr. Solé Tura, manifiesta también la adhesión de su grupo a la enmienda de Minoría Catalana por las razones esgrimidas por el Sr. Martín Toval y por las que relata a continuación con el siguiente alegato: *“pretendemos que esta constitución dure, que sea una constitución que mire hacia el futuro, y cuyo efecto uno de los factores decisivos es prever los cambios técnicos que pueden afectar al ejercicio de las libertades. Creemos que el tema de la informática es fundamental, aunque hoy sólo se encuentre en los inicios. Por eso debemos dar una*

⁵² Continúa la intervención de Martín Toval señalando que *“Por ello, sin intentar en absoluto estar en contra de la nueva tecnología que significa la informática, que reviste caracteres progresivos en el marco de lo que se ha dado en llamar la revolución científico-técnica, consideramos que es obvia la necesidad de establecer cláusulas de garantías; es más, cláusulas de control de la utilización de esta técnica por parte del Estado. Téngase en cuenta que es una técnica que proporciona una capacidad de control creciente sobre las vidas y circunstancias de los individuos y, por el contrario -esto hay que reconocerlo a la vista de la práctica existente en el derecho comparado-, es muy difícil que exista una auténtica capacidad de control sobre esa creciente capacidad de control que es el uso de la informática en manos del ejecutivo. Por todo ello, señor presidente, mi grupo votará favorablemente todo aquello que signifique incluir limitaciones de la informática en la constitución, y muy particularmente el texto propuesto en la enmienda de la minoría catalana”*. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF.

*referencia explícita que no sólo atiende a la defensa del honor, de la intimidad personal, que son fundamentales, sino también al pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la constitución. Se trata de establecer garantías de control de los controladores*⁵³. En este caso sí hay conciencia de los riesgos que entraña la informática, siendo muy expresiva la referencia al establecimiento de límites y controles a quienes controlan los medios tecnológicos. Pero igualmente relevante es que abogan por la protección de todos los derechos y libertades⁵⁴.

Finalmente, se aprobó por unanimidad la enmienda 117 de Minoría Catalana que rezaba: *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*⁵⁵. El texto se aprueba en el pleno del Congreso, en la sesión celebrada el viernes, 7 de julio de 1978⁵⁶. En el Senado, no obstante, se introdujo una enmienda planteada

⁵³ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF.

⁵⁴ Por otro lado, se retiraron las enmiendas efectuadas por el grupo de Alianza Popular, que sólo hizo uso de la palabra en este sentido. Y se retiraron también las enmiendas del Sr. Gastón Sanz y del Grupo mixto, uniéndose “a efectos de voto” a la de Minoría Catalana. Al respecto, el Sr. Pérez-Llorca Rodrigo, en nombre de UCD señala que *“el propósito que llevó a redactar la enmienda del señor Sancho Rof, como la enmienda 779 del grupo parlamentario UCD era un propósito de tipo técnico. Nos animaba el objetivo de descargar a la constitución de un precepto cuya adecuación, al transcurso del tiempo, podría crear problemas; pero dada la coincidencia que observamos, de tipo político, con los criterios que han sido expuestos y que nosotros coincidíamos plenamente con los problemas de fondo que se han expuesto y con las soluciones que alcanza, a nuestro juicio, su mayor perfección en la propuesta de la minoría catalana, nosotros retiramos en este momento nuestra enmienda 779 y estoy autorizado por el señor Sancho Rof para retirar la suya y nos sumaremos, por tanto, a la enmienda de la minoría catalana”*. No alcanzamos a comprender por qué se pensó que la introducción de la referencia a la informática podría generar futuros problemas. De todas formas resulta interesante que, salvo Alianza Popular que no manifestó que apoyaba el texto de Minoría Catalana, todos los demás grupos políticos –o quienes habían formulado enmiendas a título particular-, mostraron su apoyo en los debates a esa propuesta. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF.

⁵⁵ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2530.

⁵⁶ Disponible en:

por el Sr. Zaraga Burillo. Enmienda 262⁵⁷, con la siguiente redacción: *“para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la ley limitará la utilización de la informática y otros procedimientos o técnicas que puedan atentar contra los citados derechos”*⁵⁸. No se trata de una enmienda novedosa, ya que reitera las formuladas en el Congreso por el grupo mixto: enmiendas 79 y 470 que querían introducir en el texto la referencia a otros medios tecnológicos, y no sólo a la informática. Pero la enmienda fue rechazada y, por tanto, la redacción final del art. 18.4 CE fue la introducida por Minoría Catalana.

Desde la perspectiva actual de nuestro derecho a la protección de datos, las posiciones en los debates parlamentarios giraron, en resumidas cuentas, en torno a tres grandes posturas:

a) Quienes no lograron ver la importancia, la gran relevancia que tendría la informática en la futura protección de nuestros derechos, y que consideraron innecesaria la referencia a ella, toda vez que ya se garantizaba el honor y la intimidad en el art. 18.1 CE; por tanto, limitando el contenido del 18.4 a esos derechos.

b) Los que pretendieron la inclusión en el precepto, no sólo de la informática, sino de cualquier medio tecnológico; pero no obstante con confusiones de base sobre el propio concepto de informática a pesar de la extensa normativa existente en derecho comparado.

c) Y la postura, que finalmente se plasmó en nuestra Constitución, que no sólo incluye la referencia a la informática en el art. 18 CE, sino que postula, y así se recoge en el texto, la protección de todos los derechos, no sólo del honor y la intimidad. Toda una mirada

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_106.PDF, p. 4003.

⁵⁷ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf>, p. 117.

⁵⁸ *Idem*.

presciente que quizás no reflejaron con una precisa técnica legislativa, con la que hubieran evitado el complejo debate doctrinal sobre el contenido del derecho fundamental a la protección de datos.

Nuestros parlamentarios se encontraron con una problemática, o sintieron ciertas intuiciones, que se les quedaron grandes para la época —a pesar de toda la legislación existente sobre la materia—, en buena medida porque, posiblemente, pudo pesar más la rapidez con que tenían que elaborar la Constitución, intentando evitar debates que pudieran bloquear el tránsito a la democracia. En todo caso, es indudable que la propia redacción literal del art. 18.4 y el examen crítico de los debates constituyentes, nos permiten concluir, sin que ello condicione el resto del estudio, que el derecho a la protección de datos no debe limitarse a los derechos expresamente citados en él, acomodándonos mejor de esta forma al espíritu constituyente. Y ello nos lleva a la necesidad de estudiar los debates constituyentes sobre otros derechos que, se intuye, puede que formen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, como son los derechos contenidos en los arts. 18.1, 17.1 e, incluso, el 15 CE.

3.2. Artículo 18.1 CE

En principio, podemos afirmar que al menos dos de los derechos contenidos en este precepto forman parte del contenido del derecho a la protección de datos. En este camino, profundizar en los debates constituyentes sobre el 18.1 CE es necesario para alcanzar la convicción sobre la premisa de la que partimos.

Así, se publicó en el Boletín oficial de las Cortes n.º 44, de 5 de enero de 1978⁵⁹, el Anteproyecto de Constitución con los correspondientes votos particulares. El art. 18.1 tenía la siguiente redacción: “*Se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar*”⁶⁰. Fueron diversas las enmiendas que se introdujeron a esta primera redacción⁶¹. Lo interesante de las enmiendas, como vamos a exponer, estriba en que parecían no considerar necesaria una protección específica de los derechos al honor e intimidad, que estuvieran regulados en un artículo sólo para ellos. Sino que pretendían tutelarlos poniéndolos en relación con los derechos a la libertad de expresión y de información, como si no pudieran ser vulnerados fuera de estos supuestos.

Enmienda número 2⁶²: esta posición interesó la supresión del art. 18.1 por estar incluido su contenido en el art. 20.6. Por tanto, parece no dar importancia, como derechos autónomos, al honor y la intimidad, pues sólo quiere incluirlos relacionándolos con la libertad de expresión o de información en cuanto que éstas últimas deben respetarlos. Resulta interesante este punto de vista en lo que respecta a la importancia de fijar como límites a las libertades de expresión y de información, el honor o la intimidad.

Enmienda número 716⁶³: propone “*añadir, en el número 1, la garantía del derecho a la propia imagen y esto en relación con lo*

⁵⁹ Vid. BOC, n.º 44, de 5 de enero de 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Al respecto, las enmiendas al actual art. 18.1 CE, en el Anteproyecto de la Constitución. Disponible en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁶² El primer firmante es D. Antonio Carro Martínez, de Alianza Popular.

⁶³ El primer firmante es D. Jesús Sancho Rof, de Unión de Centro Democrático.

previsto en el número 6 del artículo 20”⁶⁴. Por tanto, sí considera honor, intimidad e imagen como derechos autónomos.

Enmienda número 779: propone la siguiente redacción: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”⁶⁵. Es lógico que las enmiendas 716 y 779, al ser introducidas por quienes pertenecen a un mismo grupo político, Unión de Centro Democrático, coincidan en mantener la redacción del Anteproyecto añadiendo también el derecho a la propia imagen y, por tanto, considerando honor, intimidad e imagen como derechos autónomos desligados de la libertad de expresión y de información.

Nos encontramos, al examinar las enmiendas presentadas, con dos únicas posturas:

a) La mantenida por quienes postulan la supresión del precepto al considerar irrelevante la referencia al honor y la intimidad como derechos autónomos, atribuyéndoles sólo importancia en su relación con la libertad de expresión y de información. Postura que consideramos poco garantista respecto a derechos que están íntimamente ligados a nuestra integridad y que, por tanto, entendemos que requieren de una regulación autónoma, no vinculada a otros derechos fundamentales.

b) Una segunda postura, que implica mantener la redacción inicial del anteproyecto, pero añadiendo el derecho a la propia imagen. Redacción más acorde con la realidad social y que otorga a estos

⁶⁴ Se justifica considerando “que la informática se ha convertido en la actualidad en una ciencia muy amplia en contenido y objetivos, que abarca toda una problemática independiente del individuo como persona integrante de una familia y de una sociedad”. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁶⁵ En su justificación señala lo siguiente: “El cambio de redacción que se propone para el número 1 tiene como finalidad evitar la forma reflexiva y requerir la garantía del derecho reconocido al Estado y, por tanto, implícitamente a todos sus órganos -sean legislativos, judiciales o ejecutivos-”. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

derechos de la personalidad un papel relevante en la protección de nuestra identidad.

Por tanto, se trata de posturas dispares, que se mueven entre la nula importancia de derechos tan relevantes hoy en día, en una era de absoluta globalización⁶⁶ e impacto tecnológico, y la postura que los considera como auténticos derechos sin necesidad de relacionarlos con otros para que se encuentren dotados de contenido. En cualquier caso, estos posicionamientos nos ayudan a comprender el posible contenido del actual derecho a la protección de datos, que recoge el espíritu y la finalidad de entonces.

Así, tras las referidas enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia procedió a su estudio y publicó su informe y un nuevo texto de Anteproyecto⁶⁷, que fue el que finalmente se incorporó al texto constitucional. El art. 18.1 —en ese momento art. 17—, quedó fijado con el siguiente texto: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”⁶⁸. El informe de la Ponencia sobre este artículo fue debatido en la sesión celebrada el 19 de mayo de 1978⁶⁹.

Así, destaca la intervención del diputado Sr. Sancho Rof —enmienda 2—, en la que interesa la supresión del art. 18.1 por entender que su contenido está recogido en el art. 20.6. Al mismo tiempo, resulta

⁶⁶ Vid. ABELLÁN LÓPEZ, M.A., “Los desafíos demográficos globales”, *Pensar nuestra sociedad digital y global. Una invitación a la sociología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023. Obra que afronta los distintos problemas que plantea la globalización, en un mundo dominado por la tecnología.

⁶⁷ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

⁶⁸ Redacción de la Ponencia “conforme a las propuestas de las enmiendas n.º 716 del Sr. Sancho Rof y n.º 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático”. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

⁶⁹ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2518-2519.

curioso que proponga también la supresión del 18.4 por entenderlo subsumido en el 18.1⁷⁰, situándose su intervención en la línea, poco proteccionista, de desdibujar la autonomía de los citados derechos.

El Sr. Peces Barba intervino para oponerse a dicha supresión por entender “*que no es exacta la afirmación de que es una novedad en Derecho Constitucional la protección autónoma del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”⁷¹. Tras su

⁷⁰ Defendió su enmienda con el siguiente alegato: “*En el ánimo de colaborar a que la Constitución sea elaborada de la mejor forma posible, me encuentro con que este artículo 17 regula dos temas clásicos, que son la inviolabilidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia. Insisto en que son éstas dos libertades clásicas, dos derechos clásicos, que constituyen la sustancia de este precepto. En cambio, nos encontramos ante un párrafo 1 donde se garantiza el derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen. El párrafo 4 con las alusiones informáticas que son cosas totalmente nuevas, sin ninguna tradición en el Derecho Parlamentario ni en las garantías individuales*”. “*Por tanto, estima el Diputado que os habla que el honor y la intimidad personal y familiar son valores altamente importantes y, consiguientemente, deben ser objeto de valoración y defensa; pero entiendo personalmente que estos valores deben ser objeto de defensa específica cuando se trata de la garantía de la libertad de expresión, que es donde fundamentalmente pueden quedar estos derechos vulnerados. Como quiera que en el artículo 20, párrafo 6 (antiguo), se dice que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este precepto de las leyes que los desarrollan y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen (...), estima el Diputado que os habla que se encuentra ya reconocida esta garantía al honor, a la intimidad personal en este artículo 20. Y, consiguientemente, extrapolarlo ahora al artículo 18 es una reiteración innecesaria y que para aligerar la Constitución bien valía suprimirlo dentro de este precepto*”. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2518-2519.

⁷¹ Continúa señalando Peces Barba que “*Por ejemplo, el artículo 8 de la Convención europea se refiere a este tema. También está protegido en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. En concreto, en Francia, una ley de 1970, puesto que después de la Constitución de 1958 los derechos fundamentales no protegidos en la Constitución ni protegidos por la declaración de 1789 o por el preámbulo de la Constitución de 1946, se desarrollan por ley -una ley de protección del derecho a la intimidad y a la vida privada familiar y personal- y, por consiguiente, no es exacto que no se esté en una corriente de protección autónoma de este derecho, sino que, por el contrario, se está concretamente en la línea más adecuada del Derecho Constitucional actual. Por esa razón nos oponemos a la enmienda del Grupo Parlamentario de Alianza Popular en relación con la supresión de este precepto*”. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2518-2519.

intervención, el presidente consideró que las otras dos enmiendas al art. 18.1 —779 y 716—, ya habían sido recogidas en la nueva redacción de la Ponencia. Finalmente se aprobó el texto constitucional introduciendo, respecto del informe de la ponencia, un nuevo derecho —derecho a la propia imagen— y, por tanto, respetando la protección autónoma de los mismos.

No obstante, el estudio de estos debates constituyentes, *a priori*, no introduce nada relevante y novedoso sobre el contenido del derecho a la protección de datos. El art. 18.4 CE ya se refiere expresamente a la protección de dos de los derechos contenidos en el art. 18.1 CE y, en todo caso, con la literalidad del precepto debe entenderse comprendido también el derecho a la propia imagen que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden incluido en la actualidad.

3.3. Artículo 17.1 CE

En principio, podemos afirmar que el contenido del 17.1 CE forma parte del derecho a la protección de datos si nos atenemos a la literalidad del actual precepto. No obstante, para una mayor concreción, también aquí debemos ahondar en los debates de nuestros constituyentes.

Así, en el Anteproyecto de Constitución el art. 17.1 tenía la siguiente redacción: “*Nadie podrá ser privado de su libertad, más que en los casos previstos por la ley y en la forma que ésta disponga*”⁷².

⁷² Vid. BOC, n.º 44, de 5 de enero de 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF.

Fueron diversas las enmiendas que se introdujeron a esta primera redacción⁷³.

La enmienda número 39⁷⁴ propone la siguiente redacción: “*Nadie podrá ser privado de libertad, más que en los casos previstos por la ley y en la forma que ésta disponga*”⁷⁵; siendo su justificación un simple matiz gramatical⁷⁶, el de eliminar el pronombre posesivo “su”.

Enmienda 64, se adhiere “*al voto particular presentado por el Grupo Parlamentario Socialista*”⁷⁷.

Enmienda 469, firmada por el Grupo Parlamentario Mixto, que interesa la siguiente redacción: “*Nadie podrá ser privado de su libertad más que en los supuestos y formas previstos por la Ley*”⁷⁸; redacción que consideran “*más completa y sintética*”⁷⁹.

Enmienda 695⁸⁰, propone una nueva redacción: “*Se garantiza la libertad individual. Nadie podrá ser privado de su libertad más que en los casos previstos por la ley y en la forma que esta disponga. En ningún caso la privación de libertad podrá derivar de insuficiencia económica*”⁸¹. La justificación es la siguiente: “*Por razón de estilo, y para producir una equiparación de la tutela programática de la libertad*

⁷³ Al respecto, las enmiendas al actual art. 18.1 CE, en el Anteproyecto de la Constitución. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁷⁴ El primer firmante es Don Hipólito Gómez de las Rocas, integrado en el Grupo Parlamentario Mixto.

⁷⁵ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁷⁶ *Ídem*.

⁷⁷ Su primer firmante es D. Francisco Letamendia Belzunce, integrado en el Grupo Parlamentario Mixto. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁷⁸ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁰ Primer firmante es D. José Solé Barberá, del Grupo Parlamentario Comunista.

⁸¹ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

*individual, procede encabezar este artículo con una fórmula igual a los artículos 16 y 18. Por otra parte, se trata de poner fin a la posibilidad legal vigente de privación de libertad por imposibilidad de pago de sanciones o fianzas*⁸².

Enmienda 779⁸³: pretende la siguiente redacción “*Calificar la libertad como persona*”⁸⁴, y siendo la justificación una “*Redacción más exacta, puesto que el capítulo II comprende varias libertades*”⁸⁵.

Nos encontramos, al examinar las enmiendas presentadas, con posturas que introducen matices más bien de estilo la mayoría de ellas, salvo la enmienda del Grupo Parlamentario Comunista —enmienda 695—, que se centra en cuestiones económicas para los supuestos de “*imposibilidad de pago de sanciones o fianzas*”. Argumentos interesantes pero que en ningún caso tratan cuestiones relacionadas con nuestro objeto de estudio.

Tras las referidas enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia procedió a su estudio y publicó su informe y un nuevo texto de Anteproyecto⁸⁶, dándole al art. 17.1 —en ese momento art. 16.1— la siguiente redacción: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley*”⁸⁷, texto que se incorporó a la Constitución. El

⁸² *Ídem.*

⁸³ Primer firmante es Unión de Centro Democrático.

⁸⁴ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁸⁵ *Ídem.*

⁸⁶ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

⁸⁷ La Ponencia no aceptó “*las precisiones terminológicas de las enmiendas n.º 39 del Sr. Gómez de las Rocas, n.º 469 del Grupo Mixto y n.º 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático. En cuanto a la enmienda n.º 64 del Sr. Letamendía Belzunce que proponía limitar el supuesto de privación de libertad a causa de delito, la Ponencia entiende que la garantía legal es la determinante de los supuestos de privación de*

informe de la Ponencia sobre este artículo fue debatido en la sesión celebrada el 18 de mayo de 1978⁸⁸.

El señor Peces-Barba Martínez retiró el voto particular del Grupo Socialista⁸⁹ y el señor Cuerda Montoya, en nombre del señor Letamendíu Benzulce, hizo lo propio con todas las enmiendas. Sí intervino el señor Solé Barberá —enmienda 685—, para manifestar que su enmienda había sido asumida por la ponencia, casi en su integridad⁹⁰.

libertad, por lo que no acepta la referida enmienda con la oposición del representante del Grupo Socialista. Tampoco acepta, por las mismas razones, la precisión contenida en la enmienda n.º 695 del Sr. Solé Barberá". Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

(Consulta:7/04/24).

⁸⁸ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF, pp. 2488-2489.

⁸⁹El Sr. Peces Barba se manifestó en el siguiente sentido: "*Retiramos nuestro voto particular, porque entendemos que lo que en el mismo se intentaba proteger, que es la seguridad jurídica, queda suficientemente protegida por el resto de los números del artículo y por la referencia a la ley que se hace en este número 1. Esperamos que los demás Grupos Parlamentarios tomen también buena nota de este planteamiento que hacemos en el número 1 y que, en lo posible, las grandes líneas del artículo no sean objeto de modificación*". Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF, pp. 2488-2489.

⁹⁰ El Sr. Soler Barberá hace referencia a la parte del art. 17.1 que considera que debe modificarse: "*Sin embargo, queda un pequeño aspecto, importante, aunque reducido en cuanto a extensión, que nosotros deseamos y manifestamos nuestra decisión de mantener. Antes hemos de afirmar que efectivamente, a través de la recogida de enmiendas, bien en espíritu y en algunos casos en la letra, se ha mejorado sensiblemente el concepto del precepto que estamos en este momento examinando. Se mantiene, sin embargo, decía, nuestro deseo de que se incluya en el mismo la afirmación de que en ningún caso la privación de libertad podrá derivarse de la insuficiencia económica. Entendemos que la igualdad ante la ley que hemos establecido en el artículo 13, así como en una enmienda socialista al artículo 24, en que se prohíbe la prisión por deudas, solamente quedaría ello completado si buscamos un perfeccionamiento técnico y democrático: técnico, en el sentido jurídico; democrático, en el sentido del Estado de Derecho, en virtud del cual los motivos económicos no constituyan un impedimento para gozar de la libertad. Hemos eliminado en esta Constitución, en los preceptos correspondientes, la posibilidad de que en el terreno de las multas administrativas el impago se pudiera convertir en prisión. Debemos en este caso resolver la preocupación profunda que para nosotros constituye el que la persona que no pueda pagar una deuda derivada de un precepto jurídico, o que no pueda recoger cantidad suficiente para pagar una fianza que le sea exigible en el terreno de la libertad provisional, quede resuelto en el sentido de que por*

Por otro lado, UCD retiró su enmienda 779. Por su parte, el señor Gastón, del Grupo Mixto, retiró su enmienda 469 respecto del art. 17.1. Y el señor Gómez de las Rocas —enmienda 39—, consideró que la ponencia, a pesar de lo que manifiesta, sí ha aceptado su precisión terminológica.

Podemos concluir, del mismo modo que hemos manifestado respecto a los debates constituyentes en torno al art. 18.1 CE, que el precepto, de manera expresa, ya incluye en la protección de datos la protección de nuestro derecho a la libertad personal. No obstante, para una mayor concreción, necesitamos adentrarnos en los debates de otros artículos, así como, lógicamente, en el estudio jurisprudencial y doctrinal del art. 18.4 CE.

3.4. Artículo 15.1 CE

En principio la doctrina y la jurisprudencia no incluyen expresamente el contenido del 15.1 CE, en su vertiente de integridad física, dentro del derecho a la protección de datos. Sí, lógicamente, en una referencia genérica al ejercicio de cualquier derecho. Pero debemos

este concepto no se le podrá mantener en prisión. En todo caso debería haber unas leyes de procedimiento, buscarse la forma adecuada para resolver el problema. Aquí nosotros deseamos que se manifieste de una manera expresa y concreta que, en ningún caso, la privación de libertad podrá derivarse de insuficiencia económica. Con ello, eliminaremos además otro problema que, a nuestro entender, es uno de los que tiene en este momento la judicatura, y es la extensa libertad que tiene la misma a la hora de fijar las cantidades que correspondan a la fianza, que viene regulada por el propio arbitrio, siempre respetable, por la propia consideración a nivel humano y a nivel técnico que pueda hacerse el juez, pero que en todo caso deberíamos buscar la fórmula de resolverlo aquí. Por ello, con la misma brevedad que mis compañeros, deseamos el mantenimiento, deseamos que se incorpore al precepto que estamos en este momento estudiando, la afirmación de que en ningún caso la privación de libertad podrá derivarse de insuficiencia económica". Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF, pp. 2488-2489.

examinar los primeros debates parlamentarios para alcanzar conclusiones. Así, en el Anteproyecto de Constitución, el art. 15.1 tenía la siguiente redacción: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”*⁹¹. Fueron diversas las enmiendas que se introdujeron a esta primera redacción⁹².

Enmienda número 2⁹³, que propone la supresión del 15.1 porque *“El que muere, ¿contra quién reclama su derecho a vivir?”*⁹⁴.

Enmienda número 113⁹⁵, que propone un nuevo texto: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. Queda abolida la pena de muerte”*, siendo la justificación que por *“las razones ampliamente desarrolladas en un reciente debate parlamentario, es evidente que procede constitucionalizar la abolición de la pena de muerte. Entre otras razones, aparte de las éticas, morales e incluso de estricta índole penal, conviene dejar este tema resuelto en la Constitución a los efectos de evitar posteriores polémicas que podrían, en el ejercicio del derecho de la gracia, afectar seriamente a las propias instituciones del Estado”*⁹⁶.

Enmienda número 451⁹⁷, propone la siguiente modificación: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. En ningún caso se podrá aplicar la pena de muerte”*⁹⁸.

⁹¹ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF.

⁹² Al respecto, las enmiendas al actual art. 18.1 CE, en el Anteproyecto de la Constitución. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁹³ El primer firmante es D. Antonio Carro Martínez, de Alianza Popular.

⁹⁴ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁹⁵ El primer firmante es el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana.

⁹⁶ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

⁹⁷ Primer firmante D. Carlos Güell de Sentmenat, del Grupo Parlamentario Mixto.

⁹⁸ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

Enmienda número 467⁹⁹, cuya redacción del artículo sería “*El derecho de la persona a la vida y a la integridad física y moral son inviolables*”. Resulta de gran interés esta enmienda, toda vez que es la única que incluye la referencia a la integridad moral.

Enmienda número 692¹⁰⁰, pretende mantener la redacción inicial añadiendo sólo la abolición de la pena de muerte¹⁰¹.

Enmienda número 776¹⁰², que propone el siguiente texto: “*1.º Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. 2.º Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”¹⁰³.

Así, tras las referidas enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia procedió a su estudio y publicó su informe y un nuevo texto de Anteproyecto¹⁰⁴. Al art. 15.1 —en este momento art. 14.1—, se le dio la siguiente redacción “*La persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, pueda ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”¹⁰⁵. El informe de la Ponencia sobre

⁹⁹ Primer firmante, Grupo Parlamentario Mixto.

¹⁰⁰ Primer firmante, D. Simón Sánchez Montero del Grupo Parlamentario Comunista.

¹⁰¹ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

¹⁰² Primer firmante D. Eugenio Ales Pérez, de Unión de Centro Democrático.

¹⁰³ Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

¹⁰⁴ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

¹⁰⁵ La justificación de la ponencia para la nueva redacción fue la siguiente: “*La Ponencia, por mayoría, y teniendo en cuenta, en parte, la propuesta de la enmienda n.º 467 del Grupo Mixto, por lo que se refiere al empleo del término "persona", lleva a cabo una refundición de los apartados 1 y 2 del texto del anteproyecto con el voto en contra de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático, que mantiene literalmente aquél. No acepta la Ponencia la supresión de este artículo, por considerar que el derecho a la vida y a la integridad física deben reconocerse y garantizarse en la Constitución, rechazando, por tanto, la enmienda n.º 2 del Sr. Carro Martínez. Por mayoría, con el mantenimiento de las enmiendas por los representantes de los Grupos Minoría Catalana, Socialista y Comunista, no se aceptan las enmiendas que proponen la abolición de la pena de muerte que son las siguientes: n.º 113 del Grupo de la Minoría Catalana, n.º 451 del Sr. Güell de Sentmenat, n.º 467 del Grupo Mixto, n.º 692 del Sr. Sánchez Montero, n.º 776 del Sr. Ales Pérez, n.º 64 del Sr. Letamendía Belzunce, n.º 467 del Grupo Mixto y n.º 598 del Grupo Vasco. En cuanto a*

este artículo fue debatido en la sesión celebrada el 18 de mayo de 1978¹⁰⁶, debates que se centraron en la abolición total o no de la pena de muerte.

Hubiera sido muy interesante conocer qué pensaban nuestros constituyentes sobre la introducción final en el texto del derecho a la integridad moral. Pero observamos que, de momento, a salvo los debates sobre el propio art. 18.4 CE, los relativos a los demás artículos examinados no arrojan luz sobre el posible contenido del derecho a la protección de datos.

III. Derecho a la libertad de información

Para un adecuado estudio del derecho fundamental a la libertad de información resulta conveniente conocer su origen histórico y su *iter* constitucional para, posteriormente, tratar de acercarnos a un primer concepto desde la confrontación con el derecho a la protección de datos, objeto principal del presente trabajo.

1. Origen histórico

Encontramos una primera referencia lejana al actual derecho a la libertad de información —como libertad de prensa—, en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776). En su punto XII se establece “*Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por*

la propuesta de la enmienda n.º 714 del Sr. Sancho Rof, la Ponencia entiende que su contenido es materia de ley”. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

¹⁰⁶ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF, pp. 2488-2489.

gobiernos despóticos”¹⁰⁷. Es una referencia contundente y que no alberga dudas sobre la importancia de la libertad de información —o de prensa—, como pilar de un Estado democrático, toda vez que los Estados “despóticos”¹⁰⁸, como mínimo, restringirían este derecho.

Tras ello, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en un principio no recoge directamente este derecho, pero sí lo hace una de las enmiendas a aquélla, a través del Bill of Rights, de 1791. En concreto en la enmienda I se dice que “*El Congreso no hará ley alguna (...) que coarte la libertad de palabra o de imprenta (...)*”¹⁰⁹. Nos encontramos con una referencia conjunta a la libertad de expresión e información, y que se incorpora *a posteriori* a la Constitución americana¹¹⁰.

En la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)¹¹¹, la Asamblea Nacional francesa lo regula en su art. 11, que

¹⁰⁷ Disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>.

(Consulta: 29/02/24).

¹⁰⁸ *Ídem*.

¹⁰⁹ *Vid.* completa la enmienda I a la Constitución americana: “*El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios*”.

Disponible en:

<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>. (Consulta: 29/02/24).

¹¹⁰ Destacamos en el ordenamiento jurídico estadounidense del s. XX, alguna legislación concreta sobre este derecho como la Ley sobre la libertad de información - *Freedom of Information Act, 1966*-, relativa a la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda acceder a la información de que disponen los registros federales, con excepciones. Disponible en:

<https://www.foia.gov/foia-es.pdf>.(Consulta 29/02/24).

¹¹¹ La Declaración recoge “*derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos*”. Disponible en:

dispone que *“La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”*. Ciertamente se trata de una regulación conjunta de la libertad de expresión e información, pero no deja de ser un salto cualitativo para su reconocimiento como derecho fundamental.

En el s. XX, con vocación universal aunque no vinculante, la DUDH (1948)¹¹², en su art. 19, reconoce la libertad de información como uno de los derechos y libertades que deben ser respetados¹¹³. En concreto señala que *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*¹¹⁴. Es toda una declaración de intenciones de la importancia de la libertad de información como derecho humano que ha de ser respetado por todos los países. Es el germen para su incorporación

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf. (Consulta 29/02/24).

¹¹² Adoptada por la Asamblea general de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217 A.

¹¹³ En este sentido, véase el Preámbulo DUDH: *“Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”*. Disponible en:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. (Consulta 7/04/24).

¹¹⁴ Disponible en:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. (Consulta: 7/04/24).

posterior a textos clave en materia de derechos fundamentales como el CEDH.

Así, se introduce como art. 10¹¹⁵ en el CEDH (1950)¹¹⁶, señalando que “*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*”¹¹⁷. Este precepto suscita algunas cuestiones que no podemos pasar por alto como son, por un lado, la regulación conjunta de los derechos a la libertad de expresión y de información, por su interrelación. Y, por otro lado, que se regulan en el epígrafe de la libertad de expresión, siguiendo la línea, comúnmente utilizada por los Estados, de referirse a ambos derechos bajo el amparo de la libertad de expresión, en sentido genérico.

Finalmente, debemos referirnos a la regulación de este derecho en el ámbito europeo, en concreto en la CDFUE¹¹⁸ en cuyo art. 11 se

¹¹⁵ Art. 10 CEDH: “*Libertad de expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

¹¹⁶ Disponible en:

https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. (Consulta: 29/02/24).

¹¹⁷ *Ídem*.

¹¹⁸ La CDFUE es de 7 de diciembre de 2000. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, tiene carácter vinculante. En concreto, el art. 1 TL modificó el art. 6 del TUE. El vigente art. 6.1 TUE afirma que “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las*

establece, bajo el epígrafe de libertad de expresión e información, que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”¹¹⁹.

Esta Carta realiza una regulación de la libertad de información del mismo modo que el referido CEDH, si bien bajo el epígrafe de libertad de expresión e información. Podríamos considerar necesaria una regulación más detallada, que se adentrara en conceptos claves —como la veracidad—, pero no podemos obviar que se trata de un compromiso básico que exigían los Estados a la Unión: el respeto a un catálogo similar a los que ya existen en los Estados.

2. Antecedentes constitucionales previos a la Constitución de 1978

Antes de adentrarnos en los debates constituyentes sobre el art. 20.1 d) CE, parece interesante —y necesario—, conocer si existieron precedentes de este precepto en las Constituciones previas a la de 1978.

competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

Cuando nos refiramos a la CDFUE, en el presente trabajo, lo haremos con el carácter vinculante que le atribuye el Tratado de Lisboa. *Vid.* página web del Parlamento Europeo, en concreto, la ficha temática sobre el Tratado de Lisboa, en la que se afirma que “*La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se ha incorporado directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6, apartado 1, del TUE le atribuye carácter jurídicamente vinculante, con lo que le confiere el mismo valor jurídico que los Tratados*”. Disponible en:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/5/el-tratado-de-lisboa>.

(Consulta: 31/03/24).

¹¹⁹ *Ídem.*

Así, en la Constitución de Cádiz (1812)¹²⁰ se reconocía en su art. 371 la “*libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas...*”. Por tanto, un primer precedente constitucional de la libertad de prensa. Posteriormente, la Constitución de 1837¹²¹ recoge en su art. 2 el derecho de todos los españoles a “*imprimir y difundir libremente sus ideas sin previa censura (...)*”; en consecuencia, es de nuevo una referencia a la libertad de prensa y de expresión, y no tanto a lo que actualmente podemos entender por libertad de información.

Siguiendo el *iter* cronológico, la Constitución de 1845, del mismo modo que la de 1837, no regula detalladamente las libertades individuales. Por tanto, hemos de acudir a la Constitución de 1869¹²² para encontrarnos con una particular regulación de derechos y, entre ellos, el derecho a la libertad de prensa. En su art. 17 se señala que “*Tampoco podrá ser privado ningún español: del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante...*”¹²³. Seguimos, pues, en el camino del tratamiento conjunto de las libertades de expresión e información. Y en esta misma línea, la Constitución de 1876¹²⁴ regula la libertad de prensa en el art. 16.

¹²⁰ Disponible en:
<https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf>.
(Consulta: 14/03/24).

¹²¹ Disponible en:
https://www.congreso.es/docu/constituciones/1837/ce37_cd.pdf.
(Consulta: 14/03/24).

¹²² https://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf.
(Consulta 14/03/24).

¹²³ *Ídem*.

¹²⁴ Disponible en:
https://www.congreso.es/docu/constituciones/1876/1876_cd.pdf.
(Consulta 14/03/24).

Finalmente, la Constitución de 1931¹²⁵, en su art. 34, establece que *“Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez competente. No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme”*¹²⁶.

Es claro que no existe ningún precedente constitucional que realice una regulación detallada y separada de los derechos a la libertad de expresión y de información. No obstante, es un gran avance el que todas nuestras Constituciones, de algún modo, regularan la libertad de prensa, resultando ser el germen de nuestro actual derecho fundamental a la libertad de información.

3. Debates constituyentes sobre los artículos 20.1 d), 20.2 y 20.4 CE

Para solventar los problemas que plantea en la actualidad el derecho a la protección de datos en el marco de la libertad de información, es necesario conocer no solo su origen histórico, sino cómo transcurrieron los debates constituyentes respecto a la libertad de información. En el Anteproyecto de Constitución¹²⁷, el art. 20¹²⁸ estaba

¹²⁵ Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf.

(Consulta 14/03/24).

¹²⁶ *Ídem*.

¹²⁷ *Vid.* BOC, n.º 44, de 5 de enero de 1978. Disponible en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF.

¹²⁸ *Vid.* la redacción actual del art. 20 CE: *“1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A*

redactado en los siguientes términos: “1. Se reconoce el derecho a expresar y defender ideas y opiniones, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen, sin censura previa. 2. Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica, 3. Se reconoce la libertad de cátedra, de creación artística y de investigación científica. 4. Se reconoce la libertad de comunicar o recibir información objetiva y veraz por cualquier medio de difusión. 5. Los poderes públicos garantizarán el acceso a los medios de comunicación social de su propiedad o sometidos directamente o indirectamente a su control de los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España. 6. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que las desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 7. No podrá acordarse el secuestro de publicaciones y grabaciones, salvo mandato judicial y por causa de delito”¹²⁹.

Por tanto, teniendo en cuenta la redacción actual y la del Anteproyecto, hemos de centrarnos en los apartados 4 y 6 que son los que se corresponderían con los actuales arts. 20.1 d), 20.2 y 20.4 CE,

comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, 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. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

¹²⁹ Disponible en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF.

siendo diversas las enmiendas que se introdujeron a la primera redacción de este artículo¹³⁰. De ellas destaca en la enmienda 118, de Minoría Catalana, que se tuvo en cuenta la introducción de la cláusula de conciencia; de la enmienda 696 de Bravo Castells, la importante aportación de hablar de derecho a comunicar o recibir información; y de la enmienda 779, de UCD, la referencia a la protección de la juventud y de la infancia.

Así, tras las referidas enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia procedió a su estudio y publicó su informe y un nuevo texto de Anteproyecto¹³¹ dándole una nueva redacción al art. 20 —en ese momento art. 19—. Así, el art. 20.1 d) reconoce y protege el derecho “*A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”¹³²; el art. 20.2 señala que “*El ejercicio de estos derechos no*

¹³⁰ Al respecto, véanse las enmiendas al art. 20.4 y 20.6 CE, en el Anteproyecto de la CE. Disponible en:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm>.

Fueron cuatro:

1. Enmienda 118, al art. 20.4, de Minoría Catalana que propuso el siguiente texto: “*Se reconoce la libertad de comunicar o recibir información objetiva y veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho de periodistas e informadores a la cláusula de conciencia*”. *La justificación fue que “Parece evidente que en la regulación del derecho a la información debe incluirse la particularidad de la cláusula de conciencia, por cuanto la aparición de los problemas derivados, en orden a la eficacia de esta cláusula, plantean la necesidad de su constitucionalización, si realmente se quiere por los legisladores que en su posterior desarrollo pueda realmente encontrar un fundamento de envergadura”*.

2. Enmienda 696, al 20.4, del Sr. Bravo Castells que propone sustituir la frase “*se reconoce la libertad de comunicar o recibir*” por la de “*se reconoce el derecho a comunicar o recibir información objetiva y veraz por cualquier medio de difusión*”.

3. Enmienda 63, al 20.6, del Sr. Fernández de la Mora que propone completar el apartado con el siguiente texto: “*derecho a la verdad, al honor...*”.

4. Enmienda 779, al 20.6, de UCD, que propone una nueva redacción en los siguientes términos: “*Estas libertades tienen su límite en los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y en aquellas disposiciones legislativas destinadas a la protección de la juventud y de la infancia*”.

¹³¹ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

¹³² *Ídem*.

puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”¹³³; y el art. 20.4 CE que “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan 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*”¹³⁴.

El informe de la Ponencia sobre este artículo fue debatido en la sesión celebrada el 19 de mayo de 1978¹³⁵ y se observa que en ella ya se habían introducido casi todas las modificaciones que luego se trasladarían al texto definitivo, excepto la relativa a la cláusula de conciencia que fue objeto de un largo debate¹³⁶ y en la que hemos de destacar la intervención del Sr. Roca Junyent de Minoría Catalana — enmienda 118—, que considera necesaria su introducción porque conocen que “*las situaciones contrarias, las situaciones de falta de desarrollo, e incluso de amparo constitucional, han provocado graves tensiones y hasta situaciones de particular injusticia para algunos de estos servidores de los medios de comunicación*”¹³⁷. Interesante resulta también la intervención del Sr. Zapatero Gómez, del Grupo Socialista, en esta línea sobre la necesidad de introducir la cláusula de conciencia “*como instrumento de un periodismo libre, independiente y democrático*”¹³⁸.

¹³³ *Ídem.*

¹³⁴ *Ídem.*

¹³⁵ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2533-2552.

¹³⁶ *Vid.* que se introdujo en el texto definitivo del art. 20.1 d), tras el referido debate, el siguiente texto: “*La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

¹³⁷ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2533-2552.

¹³⁸ Disponible en:

Aunque resultan muy interesantes estos debates, no aportan información relevante, desde nuestro punto de vista, para fijar el contenido del derecho a la protección de datos desde la perspectiva de la libertad de información. Sólo se discute sobre el término veraz — brevemente— en los debates a una enmienda introducida por el senador Zarazaga Burillo, del grupo parlamentario mixto, que pretende la supresión del citado término para evitar que se limite el derecho a la libertad de información “*sin que ello quiera suponer que la Constitución deba tutelar información no fidedigna. Con la aceptación de esta enmienda únicamente se trata de apoyar que esa información se presuma veraz, sin perjuicio de lo que la ley señale para el supuesto de que no lo fuera*”¹³⁹.

Por tanto, pretenden que constitucionalmente se considere que la información es veraz siempre, remitiendo a un posterior desarrollo legislativo lo que significan dichos términos. Lógicamente dicha enmienda fue rechazada, toda vez que no se podía aceptar como presunción *iuris tantum* que la información fuera cierta.

Entendemos la necesidad, en el contexto histórico de los debates, de primar la libertad de prensa —base de nuestro sistema democrático, tal y como venimos reiterando—, pero no por ello debía prevalecer en el texto constitucional un derecho sobre otros, como habría ocurrido sin la introducción del término veraz que pretendía una de las enmiendas al texto constitucional.

En cualquier caso, el término veraz, esencial para la configuración del contenido del derecho fundamental, se deja sin concretar. La digitalización de la sociedad pondrá de manifiesto las

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2533-2552.

¹³⁹ Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_043.PDF.

dificultades que se plantean. Y ello, porque la multitud de noticias “verdaderas” que se encuentran en la actualidad en los medios digitales se nutren, en muchos casos, de retazos de información extraída (personalmente o con programas de IA) de otras informaciones y sin acudir a las fuentes originales, o sin contrastar las informaciones obtenidas. Concretar el término veraz, será un punto importante en la conciliación de la libertad de información con la protección de datos.

PARTE SEGUNDA

LA ERA “ANALÓGICA” DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. ORÍGENES Y DERECHOS EN JUEGO PREVIOS A SU CREACIÓN

I. Ordenadores e internet. Su influencia en el origen de la protección de datos

En el origen del concepto “analógico” o clásico del derecho a la protección de datos se encuentra, inexorablemente, el contexto digital de la segunda mitad del s. XX, antesala de la auténtica sociedad digital. Es una etapa/entorno que podemos denominar analógico, aunque es más acorde con la realidad la denominación de clásico. Y ello porque si bien tienen lugar grandes avances tecnológicos, todavía no es de revolución tecnológica en el sentido de una sociedad absolutamente digital, donde este elemento lo impregna todo, afectando de manera insoslayable a nuestros derechos.

Hoy día no sería posible, siquiera, hablar del derecho a la protección de datos sin esta etapa, que podríamos llamar intermedia, “analógica” o clásica, en la que se producen grandes avances tecnológicos: la evolución de los ordenadores (con precedentes en el s. XVIII y origen en la primera mitad del s. XX¹⁴⁰¹⁴¹) y la creación de internet en la segunda mitad del s. XX. Son avances revolucionarios, sin duda alguna, pero lejos aún de la etapa de digitalización social —TIC, IA, big data, redes sociales... —.

¹⁴⁰ Vid. CERUZZI, P.E., “Historia de la informática”, *Fronteras del conocimiento*, BBVA, Madrid, 2008. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/historia-de-la-informatica/>.(Consulta: 14/03/24).

¹⁴¹ Los precedentes de la informática de esta etapa: tarjetas perforadas, primeros programas informáticos... dan lugar al nacimiento de las primeras leyes sobre protección de datos ya examinadas.

Esta etapa intermedia la podemos situar entre los debates constituyentes¹⁴² y nuestras primeras leyes en materia de protección de datos —LORTAD¹⁴³ y LOPD¹⁴⁴—, así como en las SSTC que “crean” el derecho a la protección de datos. Son estas SSTC 290/2000 y

¹⁴² Toda vez que en esta época se produce una gran evolución de los ordenadores y nace internet. En concreto, en torno a los debates constituyentes surge ARPANET (precedente de internet). Vid. FACULTAD DE INFORMÁTICA DE BARCELONA (FIB), “Historia de internet”, *Retro informática. El pasado del futuro*, FIB, “s.f.”. Disponible en:

<https://www.fib.upc.edu/retro-informatica/historia/internet.html>. (Consulta: 19/03/24).

¹⁴³ Vid. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Vid. AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Memoria 1994*, AEPD, Madrid, 1994, p. 64 que realiza un análisis de los problemas pendientes de resolver en materia de protección de datos y que los centra, en esta etapa —y en lo que a este trabajo interesa— en la materia de las telecomunicaciones. En concreto, señala que “*Los trabajos sobre la problemática de la protección de los datos personales utilizados y generados en el marco de los servicios de telecomunicación se remontan a los últimos años de la década de los años ochenta. Tres organizaciones comenzaron casi simultáneamente a estudiar estos problemas: la Conferencia de Autoridades de Protección de Datos, el Consejo de Europa y la Comisión Europea... La problemática analizada hace referencia a la necesidad de modular, en su caso, los principios de la protección de datos generalmente aceptados, en función del contexto de los servicios de telecomunicación, en primer lugar, en relación con las clases de datos utilizados: datos de base ..., datos de tráfico... y datos de contenido... Los distintos textos en proyecto se han hecho cargo de esta problemática en forma distinta*”. Disponible en:

<https://www.aepd.es/es/documento/memoria-aepd-1994.pdf>. (Consulta: 19/03/24).

¹⁴⁴ Vid. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Vid. AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Memoria 2000*, AEPD, Madrid, 2000, p. 327, que incide —no ya en las telecomunicaciones en general— sino en la materia de internet, fijando una serie de conclusiones sobre la materia cuando afirma que “*Internet se concibió como una red mundial abierta (www) a través de la cual se podría compartir información. Sin embargo, es necesario encontrar un equilibrio entre el "carácter abierto" de Internet y la protección de los datos personales de los usuarios de la Red. Con frecuencia se recaba en Internet gran cantidad de información sobre los usuarios de la Red sin que ellos lo sepan. Es necesario tratar esta falta de transparencia con los usuarios de Internet, con el fin de alcanzar un grado aceptable de protección del consumidor y de sus datos personales. Los protocolos son medios técnicos que determinan la forma en que se recogen y se tratan los datos. Los navegadores y el software desempeñan también un papel importante. En algunos casos están dotados de un identificador que permite relacionar al usuario de Internet con sus actividades en la Red. Por lo tanto, corresponde a los agentes que intervienen en su diseño y su desarrollo ofrecer al usuario productos que respeten la privacidad*”. Disponible en:

<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/memoria-AEPD-2000.pdf>. (Consulta: 19/03/24).

292/2000, de 30 de noviembre, en las que podríamos considerar que se sitúa el *dies ad quem* de esta etapa; o el *dies a quo* jurídico de la siguiente, la de revolución digital¹⁴⁵.

1. Los ordenadores y la publicación de las primeras leyes de protección de datos

En este contexto, un elemento imprescindible en el desarrollo de las TIC, —y en la creación de nuestro derecho fundamental a la protección de datos, así como de nuestras primeras leyes—, es el nacimiento de los ordenadores, tal y como los entendemos hoy día, y el tratamiento de datos que éstos pueden realizar, la informática en resumidas cuentas¹⁴⁶. Con su evolución, junto con la preocupación por la seguridad y la intimidad, van surgiendo, a nivel internacional, europeo y español, distintas normativas en materia de protección de datos de las personas. Se van enlazando las tecnologías analógicas de la información con los ordenadores, surgiendo nuevas técnicas de informar/comunicar ligadas a lo digital.

Sin remontarnos a la antigüedad¹⁴⁷, hemos de destacar una serie de hitos importantes en la creación y evolución de los ordenadores y en

¹⁴⁵ También es un *dies a quo* del inicio del fenómeno de la globalización como fijan, entre otros, SEIJAS VILLADANGOS, E., “El pulso del populismo global a la constitución. Pinceladas de un escenario distópico”, en TUR AUSINA, R. (Dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022, p. 91. *Vid. art. cit.*, p. 91, cuando afirma que “Igualmente, no se concibe un retroceso o una renuncia a los avances, especialmente, en el ámbito tecnológico que ha conllevado la globalización”.

¹⁴⁶ *Vid.* RAE. La tercera acepción de informática es: “Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras”. Disponible en:

<https://dle.rae.es/inform%C3%A1tico>. (Consulta: 14/03/24).

¹⁴⁷ *Vid.* CERUZZI, P.E., *obra cit.*, cuando afirma que “los orígenes de la informática pueden situarse, al menos, en cuatro momentos históricos. El primero es el más obvio: la Antigüedad, cuando civilizaciones nacientes empezaron a ayudarse de objetos para

el tratamiento de datos; en esta etapa tecnológica que nos coloca ante la tesitura del acceso ilimitado a la información frente al intento de control del tratamiento de datos. Así, hemos de destacar:

- A principios del s. XIX nos encontramos los primeros precedentes del ordenador. En concreto, en el origen de la programación se encuentra el matemático Jacquard que “desarrolló un sistema de tarjetas perforadas”¹⁴⁸¹⁴⁹ que controlaban un telar, y sin las cuales no se entendería hoy en día la informática. Estas tarjetas fueron “el primer sistema de programación: un programa introducido en un telar que leía el código y permitía tejer unas figuras determinadas”¹⁵⁰. Pero no es hasta mediados del s. XX cuando comenzaron a utilizarse los ordenadores para almacenar datos, y así “Backus creó (...) el primer lenguaje de programación conocido que tenía como fin realizar cálculos numéricos y científicos de manera eficiente”¹⁵¹. Estamos ante el primer sistema que permite un tratamiento automatizado de datos.

- En el s. XIX Charles Babbage, considerado “el inventor espiritual del ordenador”¹⁵², desarrolló un proyecto de “máquina

calcular y contar (...) los tableros de cálculo y los ábacos, todos los cuales han llegado hasta el siglo XX (Aspray 1990)”.

¹⁴⁸ VINUESA ANGUITA, P., “Quién fue el inventor del ordenador?”, *Blog Orange Innovación*, Orange, 2022. Disponible en:

<https://blog.orange.es/innovacion/inventor-del-ordenador/>. (Consulta: 19/03/24).

¹⁴⁹ En la actualidad “una tarjeta perforada es una pieza de cartulina que contiene información digital representada mediante la presencia o ausencia de agujeros en posiciones predeterminadas”. UMA Divulga, “Tarjetas perforadas”, *Blog UMA Divulga*, Divulgación científica de la Universidad de Málaga, “s.f”. Disponible en: <https://www.umadivulga.uma.es/museo-virtual/informatica/tarjetas-perforadas/>.

(Consulta: 20/03/24).

¹⁵⁰ GOMEZ, P., “Historia de la programación: ¿qué es y cómo ha evolucionado con los años”, *Blog lenguajes de programación*, devCamp by Bottega, 2023. Disponible en: <https://devcamp.es/historia-de-la-programacion-que-es-y-como-ha-evolucionado-con-los-anos/>. (Consulta: 20/03/24).

¹⁵¹ *Ídem*.

¹⁵² VINUESA ANGUITA, P, *obra cit.*

diferencial para evaluar polinomios”¹⁵³, y en 1835 su “máquina analítica basada en las tarjetas de Jacquard”¹⁵⁴. Esta última contaba con “dispositivos de entrada basados en las tarjetas perforadas de Jacquard, un procesador aritmético, que calculaba números, una unidad de control que determinaba qué tarea debía ser realizada, un mecanismo de salida y una memoria donde los números podían ser almacenados hasta ser procesados. Se considera que (...) fue la primera computadora del mundo”¹⁵⁵. Ninguna de las dos máquinas llegó a terminarse, pero se está gestando el nacimiento de los primeros ordenadores.

- En 1848 “Ada Lovelace elaboró una serie de estudios y llegó a diseñar un plan, que consistía en hacer que la máquina ideada por Charles Babbage pudiese ser reconfigurada para calcular números (...). Hoy en día, ese plan está considerado como el primer programa de ordenador escrito cien años antes de que se fabricase el primero. Por ello, Ada Lovelace es considerada la primera programadora de la historia”¹⁵⁶. Años después, el inventor sueco Per Georg Scheutz y su hijo diseñaron la primera calculadora de impresión. Son todavía precedentes remotos, muy alejados del concepto actual de ordenador. No obstante, se va avanzando en máquinas y programas; tecnología que abre el camino al tratamiento automático de información.

- Sobre finales del s. XIX Herman Hollerith construyó “un sistema de máquinas que procesaban, evaluaban y clasificaban la información codificada en ellas para la elaboración del censo de Estados

¹⁵³ *Ídem.*

¹⁵⁴ *Ídem.*

¹⁵⁵ TRILNICK, C, “Máquina diferencial – Máquina analítica”, *Blog IDIS*, IDIS, “s.f”. Disponible en:

<https://proyectoidis.org/maquina-diferencial-maquina-analitica/>. (Consulta: 20/03/24).

¹⁵⁶ TRILNICK, C, “Ada Lovelace”, *Blog IDIS*, IDIS, “s.f”. Disponible en: <https://proyectoidis.org/ada-lovelace/>. (Consulta: 20/03/24).

Unidos”¹⁵⁷. Un sistema que podemos considerar más cercano al ordenador actual; de ahí que algunos consideren a Hollerith como “el primer informático”¹⁵⁸.

- En 1872 se creó, por el físico William Thomson, “el considerado primer ordenador analógico”¹⁵⁹, construyendo un modelo más avanzado su hermano James Thomson. No obstante, no fue hasta bien entrado el s. XX cuando Hazen y Busch “perfeccionaron la idea del ordenador analógico mecánico en el MIT (...) era realmente práctico, pues podía usarse para resolver diferentes problemas”¹⁶⁰.

- Posteriormente Alan Turing —considerado por un amplio sector doctrinal como el padre de la IA—, pensó en una máquina que “resolvería cualquier problema que pudiera traducirse en términos matemáticos y luego reducirse a una cadena de operaciones lógicas (...) Había nacido el ordenador digital, pero de momento sólo era una máquina imaginaria”¹⁶¹.

- El primer ordenador funcional se debe al ingeniero civil Konrad Zuse. “Fue el Z1, ordenador capaz de guardar 64 palabras diseñado con varas, latas y palancas en el salón de la casa de sus padres”¹⁶². Por tanto, era electromecánico. Zuse también construyó el Z2 y el Z3. Este último en 1941, considerado por algunos como “la primera computadora del mundo, que ocupaba como un armario y contenía hasta 600 relés. Zuse

¹⁵⁷ CERUZZI, P.E., *obra cit.*

¹⁵⁸ VINUESA ANGUITA, P., *obra cit.*

¹⁵⁹ DOMENECH, F., “¿Quién inventó el primer ordenador?”, *Blog Tecnología visionarios*, OpendMind BBVA, 2020. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/tecnologia/visionarios/quien-invento-el-primer-ordenador/>. (Consulta: 20/03/24).

¹⁶⁰ *Ídem.*

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² VINUESA ANGUITA, P., *obra cit.*

no solo concibió el *hardware*: (...) también creó un sencillo lenguaje de programación (...) que introducía en la máquina con tiras perforadas”¹⁶³.

- En la misma época se construyó el Colossus, “el primer ordenador electrónico, digital y además programable”¹⁶⁴. Era una “máquina que realizaba operaciones de cálculo (...) no realizaban operaciones aritméticas (...) pero sí llevaban a cabo operaciones de lógica a gran velocidad”¹⁶⁵.

- Pero el primer ordenador que se parecía a los actuales, que tenía “los rasgos básicos de nuestros ordenadores actuales”¹⁶⁶, fue el ENIAC. “En febrero de 1946 (...) el ejército de Estados Unidos hizo público el Calculador e integrador numérico electrónico (...). El ENIAC (...) se presentó como un instrumento capaz de calcular la trayectoria de un proyectil lanzado desde un cañón antes de que el proyectil realizara el recorrido”¹⁶⁷.

- Otro hito importante, en el nacimiento del ordenador comercial, lo marcan Eckert y Mauchly, toda vez que “buscaron aplicaciones comerciales para su invento (...) fueron los primeros en crear un ordenador para uso comercial: el LEO, una versión comercial del EDSAC diseñado para una empresa de catering llamada J. Lyons & Company Ltd., que estaba en funcionamiento en 1951”¹⁶⁸. En el nacimiento de la normativa de protección de datos es crucial, más allá de la creación de los ordenadores, que a éstos se les comenzara a dar un uso comercial; que la ciudadanía tuviera acceso al mismo y no sólo los Estados, universidades o grandes empresas.

¹⁶³ *Ídem*.

¹⁶⁴ DOMENECH, F., *obra cit.*

¹⁶⁵ CERUZZI, P.E., *obra cit.*

¹⁶⁶ DOMENECH, F., *obra cit.*

¹⁶⁷ CERUZZI, P.E., *obra cit.*

¹⁶⁸ *Ídem*.

- Sobre los años sesenta del siglo pasado, “el software, que empezó como una idea de último momento (...) se estaba convirtiendo cada vez más en el motor que impulsaba los avances informáticos”¹⁶⁹. Lógicamente, compartimos esta idea de que es necesario el software para el tratamiento automático de datos/información, y que también supondrá el nacimiento de las primeras leyes sobre protección de datos.

- Pero un paso relevante entre el ENIAC que pesaba “30 toneladas”¹⁷⁰ y los ordenadores portátiles de la actualidad, fue “la invención del transistor en 1947 y la aparición en los sesenta de los microchips”¹⁷¹.

- En 1975 IBM lanzó al mercado “el primer ordenador portátil”¹⁷². Es en esta época, de los años setenta, cuando empiezan a promulgarse las primeras leyes de protección de datos en el ámbito internacional. Como ya dijimos, en este contexto digital, y ante los peligros que se observan con los avances tecnológicos, aparecen en Europa diferentes normas sobre protección de datos. Llegan oportunamente, toda vez que no se habían lanzado todavía ordenadores portátiles y asequibles de precio, que permitieran un uso masivo de los mismos. Por tanto, reaccionaron pronto, antes de que comenzaran a surgir los problemas con la digitalización de la sociedad.

Entre esas leyes que se publican destacan sobre las demás, por su carácter pionero —como ya expusimos—, la ley alemana del Land de Hesse (*Datenschutz*) de 7 de octubre de 1970 y la *Data Lag* de Suecia, 1973/289, de 11 de mayo de 1973. Posteriormente, el 27 de abril de

¹⁶⁹ *Ídem*.

¹⁷⁰ VINUESA ANGUITA, P., *obra cit.*

¹⁷¹ *Ídem*.

¹⁷² PLIESHAKOV, A., “¿Cuándo se inventó el primer ordenador?”, *Blog Info-Computer*, INFOCUMPUTER, 2023. Disponible en: <https://www.info-computer.com/blog/cuando-se-invento-el-primer-ordenador/>. (Consulta: 20/03/24).

1977 el Parlamento Federal Alemán aprueba la Ley Federal Bundesdatenschutzgesetz; y, por su parte, en Francia se publica la Ley n.º 78-17, de 6 de enero de 1978. Por supuesto, es necesario destacar la Constitución portuguesa de 1976 que incluye la protección de datos como derecho fundamental. Y nuestra Constitución española que lo regula, sin hablar expresamente de derecho a la protección de datos, en el art. 18.4.

En el nacimiento de la legislación de protección de datos, en esta época clásica que examinamos, influyen múltiples factores; pero todos ellos son consecuencia de la evolución, o revolución, digital expuesta.

- Ahora bien, la verdadera revolución informática, primer paso para la legislación española en materia de protección de datos y la creación de nuestro derecho fundamental, es cuando se puede hablar de “informática casera”¹⁷³: el que se fabriquen y comercialicen ordenadores que puede comprar un número amplio de ciudadanos a un bajo coste. En este acontecimiento destacan dos nombres: el del británico Sir Clive Sinclair, que en 1980 presentó “el Sinclair ZX80, el primer ordenador de la historia que costaba menos de 100 libras (126€)”¹⁷⁴. Pero “eran microordenadores muy limitados que sólo tenían 1 Kb de memoria”¹⁷⁵. Las siguientes generaciones de ordenadores tienen una mayor memoria y, por tanto, mayor capacidad para almacenar información, siendo clave “el año 1984. El ZX Spectrum y el Amstrad CPC encontraron distribuidor oficial en España, y comenzaron a venderse en grandes

¹⁷³ PASCUAL ESTAPÉ, J.A., “30 años de la informática doméstica en España”, *Computer hoy*, noviembre 2014. Disponible en: <https://computerhoy.com>. (Consulta: 15/06/23).

¹⁷⁴ *Ídem*.

¹⁷⁵ *Ídem*.

almacenes (...) en tiendas de electrodomésticos, y a anunciarse en la tele, a un precio”¹⁷⁶ al que podía acceder una parte de la población.

Encontramos que los ordenadores de finales de esta etapa “clásica” son el fruto de todas las tecnologías expuestas. Comenzamos con precedentes de los ordenadores que ya realizan tratamientos de datos, para culminar con la confluencia de las tecnologías analógicas de la información (teléfono, *mass media*, ...) con esta nueva tecnología que son los ordenadores. No obstante, todavía es necesario el paso de la aparición de internet —y su uso generalizado—, para lograr el salto a una nueva manera de informar. No se percibe el peligro que supone la invasión masiva sobre la persona (sobre sus datos).

Con estos primeros ordenadores y sin conexión de la ciudadanía a internet, en España no tenemos normativa en materia de protección de datos. Quizás “se debió a una falta de conciencia de la entidad del problema que aquí subyace”¹⁷⁷ y que hemos venido exponiendo: el de entender la importancia de legislar ante los avances —y peligros— del tratamiento automatizado de datos. Para protegernos de la ingerencia que supone, al menos, en la identidad de las personas.

Como señala Lucas Murillo de la Cueva “el progreso científico y tecnológico ha traído consigo unas posibilidades antes insospechadas de reunir, almacenar, relacionar y transmitir todo tipo de información”¹⁷⁸, lo que conlleva legislar para su protección una vez se toma conciencia de que “las técnicas de (...) la automatización y la telemática (...) permiten

¹⁷⁶ *Ídem.*

¹⁷⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 104, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 37. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/17224repne104037.pdf>. (Consulta: 14/03/24).

¹⁷⁸ *Ídem.*

obtener, centralizar, utilizar (...) y conservar por tiempo ilimitado todo tipo de datos de carácter personal”¹⁷⁹.

Es la toma de conciencia del peligro¹⁸⁰ del tratamiento automatizado de datos, que surge de la evolución de los ordenadores, junto con la creación de internet y una informática casera, lo que conduce a las primeras normas españolas sobre protección de datos.

2. Internet y la normativa española sobre la protección de datos

En el origen de la protección de datos se encuentra, como hemos expuesto, la expansión de los ordenadores a partir de la segunda mitad del s. XX. No obstante, esta tecnología por sí sola, en lo que afecta a nuestros derechos en juego, no les influiría más allá de otras importantes revoluciones tecnológicas acaecidas años antes —telefonía, medios de comunicación de masas.... —.

La verdadera revolución surge, en realidad, por la confluencia de múltiples factores, entre los que resulta inevitable destacar tres importantes hitos: un uso masivo de ordenadores a finales del s. XX — instalándose en un gran número de hogares de nuestro entorno—; el tratamiento de datos que es posible realizar con ellos; y, al mismo tiempo, la creación de internet —con el comienzo del acceso significativo de la ciudadanía a internet, a finales del s. XX—. Y a ellos

¹⁷⁹ *Ídem.*

¹⁸⁰ *Vid.* LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *obra cit.*, p. 37, cuando afirma, refiriéndose a ese peligro del que no se tiene conciencia, que “(...) normalmente, sin que medie advertencia alguna (...) sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen —o pueden tener sin excesivo esfuerzo— conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero también de una manera que puede causarnos notorios daños”.

debemos añadir, el miedo a la invasión de nuestra privacidad o la falta de seguridad, la incertidumbre, ante el tratamiento masivo de información.

Por tanto, hemos de referirnos a la creación de internet; en concreto, al nacimiento de su precedente ARPANET¹⁸¹, “creada por la agencia del Pentágono ARPA”¹⁸². Efectivamente, se creó en 1969 “por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos para establecer una conexión entre el Pentágono y las Universidades y grandes empresas que se dedicaban a la investigación militar de cualquier tipo”¹⁸³.

Internet se considera que surge en 1982 cuando se adoptó el protocolo TCP, que todavía se sigue usando en la actualidad. Así, ARPANET adopta un “nuevo protocolo, implantado en la red el 1 de enero de 1983, que (...) permitía a cualquier ordenador conectarse y comunicarse con otros, de modo que todos emplearan un lenguaje común (TCP) y pudieran reconocerse entre ellos (IP)”¹⁸⁴. Además, en el año 1986, se produce un gran avance al conectarse todas las universidades¹⁸⁵ de EEUU, dando acceso al alumnado¹⁸⁶. Y en 1989 “la

¹⁸¹ Nace en 1969. “En la noche del 29 de octubre, el estudiante de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA) Charley Kline, bajo la supervisión de Leonard Kleinrock, tecleó en un computador “login” para conectarse en remoto al Instituto de Investigación de Stanford (SRI). El sistema falló y solo se enviaron las dos primeras letras. Aquel “lo” fue el primer mensaje transmitido entre dos ordenadores a través de la red ARPANET”. Vid. YANES, J., “50 años de Internet: medio siglo de luces y sombras”, *Blog Tecnología visionarios*, OpendMind BBVA, 2019. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/tecnologia/visionarios/50-anos-de-internet-medio-siglo-de-luces-y-sombras/>. (Consulta: 20/03/24).

¹⁸² YANES, J., *obra cit.*

¹⁸³ Vid. DA COSTA CARBALLO, C. M., “Los orígenes de la informática”, *Revista General de Información y Documentación*, vol. 8, n.º 1, Universidad Complutense, Madrid, 1998, p. 43.

¹⁸⁴ YANES, J., *obra cit.*

¹⁸⁵ Vid. DA COSTA CARBALLO, C. M., *obra cit.*, p. 43, cuando añade que “Internet, como la mayoría de las redes informáticas, nace en la universidad y se puede considerar la génesis de las autopistas de la comunicación”.

¹⁸⁶ Parafraseado de DA COSTA CARBALLO, C. M., *obra cit.*, p. 43.

red se abre al público”¹⁸⁷. No es, finalmente, hasta 1993 cuando se crea el primer navegador para un uso generalizado¹⁸⁸, pero era “poco más que un índice de páginas web”¹⁸⁹.

Sin embargo, hemos de destacar dos hitos, en materia de derecho a la información, que serán un punto de inflexión en la relación de nuestros dos derechos en juego, y que son los siguientes: en primer lugar, en 1998¹⁹⁰, cuando Google empieza a indexar la información; una auténtica revolución que afecta a nuestra privacidad. El segundo hito se produce en 2004, cuando comienza la auténtica revolución digital que marcará inexorablemente nuestros derechos examinados, con la creación de “una nueva internet más participativa, interactiva y social”¹⁹¹.

En esta etapa de finales del s. XX, en el contexto de grandes avances tecnológicos como los reseñados —ordenadores e internet, en su uso doméstico casi al final de la misma—, se promulgan en España nuestras primeras leyes orgánicas en materia de protección de datos; leyes que desarrollan el art. 18.4 CE.

En primer lugar, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter

¹⁸⁷ YANES, J., *obra cit.*

¹⁸⁸ Parafraseado de YANES, J., *obra cit.* *Vid.* cuando afirma que “Fue Berners-Lee quien creó también el primer navegador de internet y editor HTML, llamado World Wide Web/Nexus, al que siguieron otros intentos pioneros como Erwise, Cello o Viola WWW. Sin embargo, el primer navegador de uso popular por su facilidad de uso e instalación fue Mosaic, obra de Marc Andreessen, del National Center for Supercomputing Applications (NCSA). Posteriormente Andreessen desarrolló Netscape Navigator, que dejó a Mosaic obsoleto y extendió el uso de internet”.

¹⁸⁹ MARTÍNEZ, M., “Internet: así nació y así creció”, *Blog Red*, Orange, 2019. Disponible en:

<https://blog.orange.es/red/historia-de-internet/>. (Consulta: 20/03/24).

¹⁹⁰ Parafraseado de MARTÍNEZ, M., *obra cit.* *Vid.* cuando afirma que “Para aquel entonces había más de 10 millones de ordenadores conectados”.

¹⁹¹ YANES, J., *obra cit.* Y cuando afirma que “El término Web 2.0 fue acuñado en 1999 por la experta Darcy Di Nucci, pero fueron Tim O’Reilly y Dale Dougherty quienes comenzaron a popularizarlo en 2004 como una nueva internet más participativa, interactiva y social”.

personal, cuya *“finalidad es hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos”*¹⁹², y cuyo objeto es *“limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”*¹⁹³. Y en segundo lugar, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que tiene por objeto *“garantizar y proteger (...) las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*¹⁹⁴.

Por tanto, se observa una diferencia sustancial entre la LORTAD en el año 1992, y la LOPD de 1999. En la primera parece identificarse la protección de datos exclusivamente con los clásicos derechos de la privacidad (honor, intimidad e imagen) frente al uso inadecuado de la informática. Por el contrario, la LOPD de 1999, más acorde con la visión normativa, doctrinal y jurisprudencial actual, identifica la protección de datos con cualquier derecho/libertad fundamental de las personas físicas y no sólo con los derechos del art. 18.1 CE. Compartimos, como no podría ser de otro modo, esta segunda visión del art. 18.4 CE, toda vez que la misma se desprende de una simple lectura o interpretación literal del citado precepto y, además, es acorde con la realidad social actual. Los avances tecnológicos y sociales han demostrado que debemos proteger nuestros datos frente a un uso inadecuado de los mismos. Y protegerlos no sólo si con ellos se da una información que afecta a la intimidad o, en general, a los clásicos derechos de la privacidad.

¹⁹² LORTAD, exposición de motivos.

¹⁹³ *Ibidem*, art. 1.

¹⁹⁴ LOPD, art. 1.

II. Derechos en juego en la protección de datos

Este contexto “analógico” o clásico —con las primeras leyes de protección de datos y los primeros años de un uso generalizado de Internet, aunque no en el sentido que tiene en la actualidad—, requiere del examen doctrinal, jurisprudencial y normativo de la protección de datos desde los considerados derechos clásicos de la privacidad, dos de ellos expresamente mencionados en el art. 18.4 CE en relación con la informática y, de manera independiente, en el art. 18.1 CE¹⁹⁵. Cabe preguntarnos si, verdaderamente, el derecho a la protección de datos tiene entidad propia independiente en esta etapa o “bebe”, en gran medida, de otros derechos y cuáles son éstos. Si podemos identificar privacidad e intimidad, protección de datos con privacidad o si, por el contrario, la protección de datos comprende más ámbitos. En definitiva, cuál es el contenido y cuáles son los derechos y bienes constitucionales en juego en el art. 18.4 CE, en esta etapa analógica.

1. La dignidad. ¿Ligada a la protección de datos?

1.1. Primeras aproximaciones

¹⁹⁵ *Vid.* LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que ya había desarrollado, años antes que la LORTAD y la LOPD, otro precepto importante relacionado con la protección de datos como es el art. 18.1 CE. Se señala en su preámbulo que “*Establece el artículo primero de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal*”.

Los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE¹⁹⁶, como en todo el Título I, son “elaborados a partir del principio de la dignidad humana”¹⁹⁷, inherentes a la dignidad de la persona como se desprende del art. 10.1 CE¹⁹⁸.

Necesitamos un concepto de dignidad bien definido, toda vez que, en caso contrario, estaría vacío de contenido y sometido a vaivenes interpretativos. No obstante, hemos de señalar que “es un concepto jurídico indeterminado”¹⁹⁹ y de “muy difícil (...) determinación”²⁰⁰. Como afirma Seijas Villadangos “estamos ciertamente ante uno de los preceptos constitucionales que más dificultades plantea”²⁰¹. Es un concepto ambiguo, lo que conlleva un gran reto para distintas disciplinas científicas, “siendo muy pocos (los que) se han atrevido a profundizar en su contenido, escudriñar sus matices y conectar su regulación con el resto del Ordenamiento”²⁰².

En un intento de aproximación, el autor Van Wintrich²⁰³ señala que la dignidad consiste en que la persona “como ente ético-espiritual

¹⁹⁶ Estos derechos son considerados por la doctrina mayoritaria, así como por la jurisprudencia constitucional, como “*derechos de la personalidad*” (en este sentido, SSTC, sala 2ª, 117/1994, de 25 de abril, FJ 3; 81/2001, de 26 de marzo FJ 2; sala 1ª, 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; sala 2ª, 156/2001, de 2 de julio, FJ 3; sala 1ª, 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

¹⁹⁷ BALLESTER CARDELL, M., *La intimidad como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1998, p. 137.

¹⁹⁸ Vid. Art. 10.1 CE: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁹⁹ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2023, p. 278.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 279.

²⁰¹ SEIJAS VILLADANGOS, E. “Recensión del libro de ALEGRE MARTÍNEZ, MA., La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español, Universidad de León, 1996”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 42, Cortes Generales, Madrid, 1997, p. 1. Disponible en:

<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1045/314>. (Consulta 20/03/24).

²⁰² *Ídem*.

²⁰³ Tratadista alemán cuya definición de dignidad es objeto de numerosas citas doctrinales.

puede por su propia naturaleza, consciente y libremente autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea”²⁰⁴. A su vez García Toma señala que la dignidad es inherente al ser humano²⁰⁵ y esta “noción plantea un elemento constitutivo del ser humano, *mínimum*, propio, inalienable e invulnerable, que todo ordenamiento constitucional está compelido históricamente a asegurar”²⁰⁶. A pesar de la ambigüedad del concepto, lo que resulta de todo punto incuestionable es que la dignidad se encuentra en la base del ser humano, del respeto al mismo, inherente a él por el mero hecho de serlo²⁰⁷.

Nuestro ordenamiento jurídico no regula la dignidad como valor superior, ni como principio informador, pero sí como fundamento del “orden político y de la paz social”²⁰⁸²⁰⁹, señalando el TC que, como no podría ser de otro modo, “la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general”²¹⁰.

El Alto Tribunal se ha referido a la dignidad incluyéndola en diferentes categorías jurídicas y, además resultando, si cabe, más relevante para el trabajo que nos ocupa, como límite para el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Así, en la STC, sala 1ª, 2/1982, de 29

²⁰⁴ Cit. por GARCÍA TOMA, V., “La dignidad humana y los derechos fundamentales”, *Revista Derecho y Sociedad*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2018, p. 2. Disponible en:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20855>. (Consulta 20/03/24).

²⁰⁵ Parafraseado del libro de GARCÍA TOMA, V., *obra cit.*, p. 2.

²⁰⁶ *Ídem*.

²⁰⁷ *Ídem*.

²⁰⁸ *Vid.* art. 10.1 CE.

²⁰⁹ *Vid.* SEIJAS VILLADANGOS, E., *obra cit.*, p. 5, cuando afirma que ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., respecto al concepto de dignidad opta por una solución ecléctica “que implica por un lado, la necesidad de aportar una nueva conceptualización para referirse genéricamente a la dignidad de la persona, pudiendo ser “principio fundamental” o “valor supremo”, y por otro lado, subrayar algo que hasta ahora se ha obviado aparentemente, y que no es otra cosa que el *prius* de protección que la Constitución dispensa a la dignidad en relación al resto de los Principios Generales del Derecho”.

²¹⁰ STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

de enero, considera la dignidad como un “bien constitucionalmente protegido”²¹¹ y, a su vez, límite de derechos, en concreto, de la libertad de expresión²¹².

En la STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril, FJ 8, se refiere a la dignidad como “valor jurídico”²¹³; posteriormente ya acercándonos al final de la etapa clásica, también alude a la dignidad como otro de los “bienes constitucionales”²¹⁴, “como rango o categoría de la persona como tal”²¹⁵ o, finalmente, como “valor constitucional”²¹⁶.

Estas primeras aproximaciones a la dignidad no nos desvelan la importancia/trascendencia que puede tener en la configuración de la protección de datos²¹⁷. Se requiere que profundicemos en su concepto para intentar ver si es decisiva o no más que otros derechos/principios, para el contenido del derecho fundamental a la protección de datos en su colisión con la libertad de información.

²¹¹ Vid. STC, sala 1ª, 2/1992, de 29 de enero, FJ 5: “Pues bien, hemos de afirmar que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (artículos 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso, tal dificultad no se presenta en el que es objeto de consideración, dada la claridad con que se observa que los derechos constitucionales invocados no pueden comprender actuaciones como las relatadas en los resultandos de hechos probados de las sentencias impugnadas”.

²¹² El TC habla literalmente de “libertad de pensamiento” en la sentencia *ut supra* reseñada.

²¹³ Vid. STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

²¹⁴ STC, sala 2ª, 197/91, de 17 de octubre, FJ 3.

²¹⁵ *Ídem*.

²¹⁶ *Ibidem*, FJ 8.

²¹⁷ No olvidemos que todavía no se ha “creado” el derecho a la protección de datos. A pesar de ello, la doctrina habla de la necesidad de regularlo/configurarlo. En este sentido, *vid.* SEIJAS VILLADANGOS, E., *obra cit.*, p. 6, cuando afirma que ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., le dedica una “particular atención al tratamiento informático de datos de las personas y la ulterior utilización de los mismos, algo de indudable actualidad ante el tan criticado vacío legal en esta materia”.

1.2. Base de los derechos del artículo 18 CE

El TC incluye la dignidad, al aludir a la misma, en distintas categorías jurídicas. Pero lo que destaca es la conexión que realiza de la dignidad con algunos de los derechos clásicos de la privacidad. Así, en la STC, sala 2ª, 197/1991, de 17 de octubre, la conecta con la intimidad al afirmar que *“El derecho a la intimidad personal del art. 18 CE está estrictamente vinculado a la “dignidad de la persona””*²¹⁸.

Pero ¿sólo este derecho fundamental, de los clásicos de privacidad, deriva de la dignidad?. La respuesta la encontramos, al menos en parte, en una posterior resolución muy cercana en el tiempo, en la que el propio TC reconoce que otros derechos del art. 18 derivan de la dignidad de la persona, y no sólo la intimidad. La STC, sala 1ª, 214/1991, de 11 de noviembre, afirma que *“Ahora bien, dado que el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el art. 18 CE aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona” que reconoce el art. 10 C.E. (...)”*²¹⁹.

Ante esta afirmación no cabe más que plantearnos —sin duda alguna— una nueva pregunta, ¿se está refiriendo el TC sólo a los derechos del art. 18.1 o también a los del art. 18.4 CE?. Si acudimos a la primera sentencia en la que realiza esta vinculación —la ya reseñada de 1985²²⁰ —, el TC liga la dignidad sólo a los derechos fundamentales del art. 18.1 CE, afirmando que *“la dignidad de la persona (...) se halla íntimamente vinculada con los derechos... al honor, a la intimidad*

²¹⁸ STC, sala 2ª, 197/91, de 17 de octubre, FJ 3.

²¹⁹ *Vid.* STC, sala 1ª, 214/91, de 11 de noviembre, FJ 1.

²²⁰ STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril.

personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”²²¹. De este modo, la dignidad, según el Alto Tribunal, no sólo se encuentra en la base del respeto al ser humano, sino que, cabría decir, que encuentra su mayor conexión con los derechos fundamentales del art. 18.1 CE²²². Pero esto no significa que los derechos del 18.4 no encuentren apoyo en la dignidad de la persona; simplemente el TC lo omite por un motivo muy sencillo: todavía no había reconocido la protección de datos como derecho fundamental autónomo.

No obstante, conforme avanza la etapa clásica²²³ hacia la digitalización de la sociedad, el TC habla de derechos del art. 18 CE sin especificar/aclarar que se trate únicamente de los derechos clásicos de la privacidad del 18.1 CE. Por tanto, podría ya el TC comenzar a estar influido por los avances tecnológicos y, sin referencia expresa, estar aludiendo a otros derechos no expresamente recogidos en el apartado primero del art. 18 CE. En todo caso, la dignidad es eje del derecho a la protección de datos, toda vez que es inherente al ser humano, se encuentra en la base de los derechos de la personalidad.

²²¹ Vid. texto íntegro de la STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril, FJ 8: “*Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución*”.

²²² Ya autores como Ballester Cardell vinculaban la dignidad con los derechos del art. 18.1 CE. Vid. obra cit. ut supra.

²²³ Como dijimos, desde los debates constituyentes hasta la primera LOPD.

Quizá lo que resulte más destacable es que el Alto Tribunal nos ofrece un concepto de dignidad como *“valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*²²⁴. Nos encontramos ante un concepto de dignidad gratamente sorprendente, pues el Tribunal lanza la idea del derecho que existe a controlar nuestra propia vida y que consideramos un punto importante en la relación de la protección de datos con la libertad de información. Realmente, como hemos dicho, se encuentra en la base de cualquier derecho de la persona.

2. Privacidad o intimidad. Artículo 18.1 CE versus artículo 18.4 CE

En este contexto cobra gran relevancia la confusión o utilización indistinta de dos importantes conceptos como son la privacidad y la intimidad. Quizás su significado depende del ordenamiento jurídico que estudiemos. Respecto al nuestro, el TC se refiere a ambos, en esta etapa y hasta la creación del derecho a la protección de datos, como sinónimos o, al menos, utilizándolos de manera indistinta.

Así, la STC, sala 1ª, 143/1994, de 9 de mayo, habla de manera indistinta de intimidad y privacidad²²⁵ sin hacer una distinción entre estos dos conceptos. Afirma en el FJ 7, refiriéndose al tratamiento de datos, que *“un sistema normativo que (...) no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano (...) vulneraría el derecho a la intimidad”*. Y los vuelve a

²²⁴ STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

²²⁵ Esta confusión entre intimidad y privacidad la encontramos en otras muchas sentencias como la STC, pleno, 142/1993, de 22 de abril, FJ 8.

utilizar de manera indistinta en la sentencia, sala 1ª, 202/1999, de 8 de noviembre, en su FJ 2, en el que reproduce el FJ de la sentencia *ut supra* referida.

El TC, en la sentencia del pleno 292/2000, de 30 de noviembre, parece seguir confundiendo intimidad y privacidad cuando afirma: “(...) *dado el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al honor en el apartado inicial (...) no ofrecían garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía entrañar para la protección de la vida privada. De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 C.E. no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto*”²²⁶. Cuando se “crea” jurisprudencialmente el derecho fundamental a la protección de datos, sigue existiendo cierta identificación o, al menos, utilización indistinta de los términos intimidad y privacidad; no obstante, para salvaguardar la privacidad frente al uso de la informática está el art. 18.4 CE y no el art. 18.1 CE.

En esta misma sentencia, en el FJ 5, el TC parece que quiera distinguir los conceptos cuando afirma que “*la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona*”. No queda claro si el TC considera la protección de datos como un auténtico derecho fundamental o, simplemente, como una garantía más de los derechos del art. 18.1 CE frente al uso inadecuado de la informática. En todo caso, no hay una clara distinción entre intimidad y privacidad.

²²⁶ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4.

Es más nítida la distinción cuando señala que *“de ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 C.E., sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal”*²²⁷. Aquí sí parece que el TC considera intimidad y privacidad como conceptos distintos —como también sostenemos nosotros—; además de afirmar que la intimidad está regulada en el art. 18.1 CE y la vida privada en el art. 18.4 CE. No compartiendo esta última opinión, toda vez que en ningún caso la privacidad se identifica exclusivamente con el derecho regulado en el art. 18.4 CE.

Por tanto, a lo largo de esta etapa clásica, el TC confunde y utiliza de manera indistinta los conceptos de intimidad y privacidad. Es ya avanzada esta etapa, con toda la revolución informática examinada y nuestras primeras leyes de protección de datos, cuando el TC crea el derecho a la protección de datos e intenta llevar a cabo esta distinción entre intimidad/privacidad. Ello aunque, en ocasiones, los siga utilizando como sinónimos, como se observa en la misma sentencia referida: *“(…) el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona”*²²⁸.

No obstante, a pesar de esta confusión, el TC trata de ofrecernos una definición de intimidad, en su sentencia 134/1999, de 15 de julio, al afirmar que la intimidad *“tiene por objeto garantizar al individuo un*

²²⁷ *Ibidem*, FJ 6.

²²⁸ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (...) atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida"²²⁹. Y también afirma el TC que la intimidad tiene por finalidad "*proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad*"²³⁰. Sin embargo esta definición, aunque la ofrece respecto del derecho del art. 18.1 CE, parece abarcar un concepto más amplio y que podríamos considerar cercano al de privacidad.

A pesar de la importancia de los conceptos examinados, no deja de llamarnos la atención que ningún texto del ordenamiento jurídico español nos ofrezca una definición de los mismos. Sí lo hacen los operadores jurídicos y, principalmente, los tribunales; lo que nos parece una técnica adecuada.

En el ámbito internacional, la DUDH reconoce el derecho a la vida privada en su art. 12: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*"²³¹. Por tanto, la DUDH no habla de derecho a la intimidad, sino del derecho fundamental

²²⁹ STC, sala 1ª, 134/1999, de 15 de julio, FJ 5. Continúa señalando que "*El art. 18.1 C.E. no garantiza una 'intimidad' determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público*".

²³⁰ STC, sala 1ª, 144/1999, de 22 de julio, FJ 8. Reproducido en la STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

²³¹ DUDH, art. 12.

a nuestra vida privada. Entendemos que incluyendo este concepto, el de intimidad.

En nuestro ordenamiento, el único texto jurídico que nos ofrece un concepto de privacidad, distinguiéndolo de la intimidad, es la derogada LORTAD²³² —por tanto, al final de la etapa clásica— que pretendía el desarrollo del art. 18.4 CE²³³ y en cuyo Preámbulo se dice que *“El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las*

²³² En este sentido, vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.F., “Unificación de la protección de datos personales en la Unión Europea: desafíos e implicaciones”, *El profesional de la información*, vol. 27, n.º 1, EPI, Barcelona, 2018, pp. 185-194: “Ninguna de nuestras normas de derecho positivo regula el contenido, área de protección o concepto legal de privacidad pese a ser uno de los términos más utilizados en internet. La exposición de motivos de la derogada Lortad de 1992 es la única que “habla de privacidad y no de la intimidad”.

²³³ Vid. art. 1 de la LORTAD: “Objeto. La presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo”²³⁴.

La LORTAD considera que la intimidad está protegida adecuadamente con los derechos reconocidos en los tres primeros apartados del art. 18 CE. Mientras que la privacidad —que no identifica con el art. 18.4 CE— es más amplia, comprende muchas más facetas de la persona que podrían carecer de protección si las examináramos aisladamente, pero que relacionadas entre sí —y en el marco del derecho a la libertad de información— nos ofrecen un “*retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado*”²³⁵. Por tanto, el preámbulo de la LORTAD encaja más con nuestra posición sobre la privacidad. Consideramos que no podemos identificarla sólo con el art. 18.4 CE, sino que es una categoría general que comprende todos los derechos del art. 18 e incluso otros derechos fuera de este precepto como la libertad personal (art. 17 CE) o la integridad psicológica (art. 15 CE), íntimamente relacionados con el derecho a nuestra identidad. A su vez, cada uno de los derechos del art. 18 son derechos concretos que se encuentran dentro de la categoría de privacidad. Y ello sin olvidar que el propio art. 18.4 CE no sólo es una garantía —frente a la informática— de los derechos del art. 18; sino que también lo es de otros derechos fuera de este precepto. Sin que ello

²³⁴ Vid. preámbulo de LORTAD que continúa señalando que “(...) *Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona*”.

²³⁵ *Ídem*.

suponga, en ningún caso, identificación de la protección de datos con la privacidad.

Sobre la confusión de ambos conceptos, estrechamente ligados al primer contenido de la protección de datos, se pronuncia también la doctrina. Así, Arthur Shafer²³⁶ pone el énfasis en esta idea de la confusión existente, normativa y doctrinal —añadimos jurisprudencial—, acerca del contenido de la privacidad y la intimidad.

Sin embargo, otros autores distinguen ambos conceptos²³⁷. Como Martínez Martínez, que señala que “así pues, estricto sensu, en nuestro ordenamiento se reconoce un derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) mientras que el llamado derecho a la privacidad, que nace como anglicismo del término inglés *privacy*, se relacionaría directamente con el “derecho fundamental a la protección de datos personales”²³⁸. Por otro lado, Piñar Mañas afirma que “privacidad y protección de datos no son del todo coincidentes”²³⁹. Consideramos adecuadas las posiciones de estos dos últimos autores que claramente distinguen entre intimidad y privacidad; y nos posicionamos al lado de Piñar Mañas que, además, afirma que no hay una total identificación entre la protección de datos y la privacidad²⁴⁰. Y ello porque, insistimos, la privacidad comprende todos los derechos

²³⁶ SCHAFFER, A., “Privacy: A Philosophical Overview”, *Aspects of Privacy Law*, D. Gibson, Butterworth, University of Manitoba, Manitoba, 1980, pp 1-11. Disponible en: https://umanitoba.ca/faculties/arts/departments/philosophy/ethics/media/privacy_-_a_philosophical_overview.pdf.

²³⁷ Hay autores que también hablan del derecho a la privacidad como un derecho que no identifican exclusivamente con lo íntimo. *Vid.* RECHE TELLO, N., “La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad”, *IUSLabor Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 2019, n.º 3, pp. 31-54. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i03.02>. (Consulta: 29/02/24).

²³⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.F., *obra cit.*, p. 189.

²³⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L., “Sociedad, innovación y privacidad”, *El cambio digital en la economía, un proceso disruptivo*, n.º 897, ICE, Madrid, julio-agosto 2017, pp. 67-76.

²⁴⁰ Parafraseado de PIÑAR MAÑAS, J.L., *obra cit.*, p.70.

regulados en el art. 18 CE —incluso más— y no sólo la protección de datos.

Son, también, muy interesantes las reflexiones filosóficas de Manuel Toscano, sobre la distinción entre los conceptos de intimidad/privacidad, afirmando que “entre nosotros Carlos Castilla del Pino se ha interesado por el estudio del fenómeno de la intimidad (1989), trazando una distinción clara con la privacidad. Según él, podemos distinguir tres tipos de actuaciones en toda persona: públicas, privadas e íntimas. Lo que las diferencia es el ámbito o escenario en que transcurren”²⁴¹. “Si nos atenemos a los términos de Castilla del Pino, sería un puro malentendido acerca de la intimidad y sólo cabría hablar estrictamente del derecho a la privacidad”²⁴², y “aunque no deberían confundirse privacidad e intimidad, es casi inevitable que lo hagamos y de ahí la ambigüedad que envuelve la idea de privacidad”²⁴³. No obstante, termina afirmando que “hay cuestiones de privacidad sin relación con la intimidad”²⁴⁴.

Como afirma Castillo del Pino, compartimos que existe una dificultad en dar un concepto claro de intimidad y privacidad, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados y, de ahí, la confusión que rodea a los mismos²⁴⁵; y la confusión asimismo, de identificarlos, en algunos casos, con la protección de datos, como si fuera el único ámbito protegido por ella. Insistimos en la idea de que la intimidad está regulada en el art. 18.1 CE, comprendiendo una esfera mucho más íntima, más

²⁴¹ TOSCANO, M., “Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad”, *Revista de filosofía moral y política*, n.º 57, Instituto de Filosofía del CESIC, Madrid, 2017, pp. 533-552. Disponible en: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/994/990>.(Consulta: 20/03/24).

²⁴² *Ídem*.

²⁴³ *Ídem*.

²⁴⁴ *Ídem*.

²⁴⁵ Parafraseado de TOSCANO, M., *obra cit.*

reservada de la persona. Mientras que la privacidad es un concepto mucho más amplio que podemos concretar compartiendo la definición que nos ofrece un pionero del derecho a la privacidad como Alan Westin. Este autor define la privacidad como el derecho a decidir la información personal que queremos comunicar a los demás; es decir, lo que podemos denominar la autodeterminación informativa²⁴⁶. Por tanto, este autor, del mismo modo que lo entendemos nosotros, considera la privacidad una categoría más amplia que la simple intimidad, que comprende más derechos que el del art. 18.4 CE. Y no sólo los derechos del art. 18 CE, sino otros fuera de él.

Entendemos que los clásicos derechos de la privacidad, y en concreto la intimidad, están regulados en el art. 18.1 CE, como se desprende de la literalidad del precepto y así lo entiende la doctrina, normativa y jurisprudencia examinada. Y que la privacidad es mucho más que la intimidad y que tanto la doctrina como el TC no tienen un posicionamiento claro o definido y que, a veces, identifican con la protección de datos regulada en el art. 18.4 CE. Consideramos que la privacidad, como venimos exponiendo, es una categoría general que comprende todos los derechos del art. 18 CE, incluso más derechos fuera de este precepto, como el derecho fundamental a la libertad o el derecho a la integridad psicológica o moral. Y, por tanto, en ningún caso sólo es intimidad o sólo es protección de datos. Sin olvidar, que la protección de datos “bebe” también de otros derechos y bienes jurídicos que se encuentran fuera del art. 18.4 CE.

3. Derecho al honor, intimidad y propia imagen

²⁴⁶ Parafraseado de WESTIN, A., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967, p. 7. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40708684>.

3.1. Derechos autónomos o relacionados entre sí

Con este punto de partida se observa que, *a priori*, para ofrecer un concepto de protección de datos en esta etapa clásica, hemos de estudiar también los derechos que tradicionalmente se han considerado ligados a la privacidad²⁴⁷, como son el honor, la intimidad y la propia imagen, toda vez que observamos cómo en la LORTAD y en la primera sentencia que crea el derecho a la protección de datos hay una distinción entre intimidad y privacidad, y, en ocasiones, se asocia la protección de datos con esta última.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que los clásicos derechos de la privacidad son derechos de la personalidad independientes, aunque con una estrecha relación entre ellos²⁴⁸. Por tanto, parece que el TC, ya desde esta etapa *clásica*, los considera como derechos autónomos. Una circunstancia que llama la atención, toda vez que la LO 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla el art. 18.1 CE, los trata de una manera conjunta, sin ofrecernos una definición de los mismos y sin que ninguno de sus preceptos haya sido declarado inconstitucional.

Por otro lado, la doctrina mantiene distintas posturas sobre la independencia o no de estos derechos. Por un lado, hay quien sostiene que el derecho a la propia imagen, al que no se refiere expresamente

²⁴⁷ Desarrollado por LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

²⁴⁸ En este sentido, SSTC, sala 2ª, 117/1994, de 25 de abril, FJ 3º; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; sala 1ª, 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; sala 1ª, 83/2002, de 22 de abril, FJ 4. Incluso lo mantiene en sentencias más recientes, fuera de la etapa clásica, como entre otras, en STC, Sala 2ª, 18/2015, de 16 de febrero, FJ 4, afirmando que “*Dicho lo anterior, en relación con el derecho fundamental a la propia imagen hemos mantenido que dicho derecho no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18.1 CE mantienen una estrecha relación, en tanto se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio específico*”.

nuestro art. 18.4 CE, podría ser autónomo o no respecto del honor y la intimidad. Y por otro lado, otro sector doctrinal mantiene posturas diversas sobre si intimidad y honor son o no conceptos independientes.

Para una parte de la doctrina se trata de tres derechos independientes, autónomos, con sustantividad propia. Así, Balaguer Callejón afirma que “la imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor, cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo”²⁴⁹. Rovira Suerio señala que con el reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen ya no tiene sentido no considerarlo un derecho autónomo del honor y la intimidad²⁵⁰. Y Ballester Cardell afirma que si no fueran derechos independientes “no tendría sentido la reiteración constitucional, siendo suficiente una alusión genérica a la intimidad”²⁵¹. Ciertamente, la postura de esta última autora tiene su lógica, pues no sería necesario que el TC insistiera en ofrecernos conceptos independientes de los derechos del 18.1 CE si considerara que los puede reducir a uno sólo, como es la intimidad.

Otros autores consideran que el derecho a la propia imagen está incluido en los otros dos derechos fundamentales a los que únicamente se refiere —al menos de manera expresa—, el art. 18.4 CE. Entre ellos se encuentran Díez Picazo y Gullón Ballesteros al afirmar, respecto a la

²⁴⁹ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 26 y ss.

²⁵⁰ Parafraseado de ROVIRA SUERIO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 170-171.

²⁵¹ BALLESTER CARDELL, M., *La intimidad como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1998, p. 84.

imagen, que “no es más que una manifestación del derecho a la intimidad”²⁵².

Con respecto a la delimitación entre honor e intimidad, están claramente diferenciados por el TC, aunque la LO 1/1982, de 5 de mayo que los desarrolla realiza un tratamiento conjunto de los tres clásicos derechos de la privacidad señalando que son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles²⁵³. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que honor, intimidad e imagen tiene especificidad propia, y así Vidal Marín, refiriéndose al honor, afirma que “*tiene autonomía e independencia respecto al derecho a la propia imagen*”²⁵⁴.

En todo caso, quienes los consideran independientes suelen aludir a la estrecha relación entre ellos, del mismo modo que lo afirma el TC, con quien estamos en sintonía en este extremo: que se trata de derechos autónomos, pero íntimamente relacionados entre sí²⁵⁵, y que todos ellos constituyen un límite a la libertad de información²⁵⁶.

3.2. Contenido

Resulta necesario conocer el contenido de los derechos clásicos de la privacidad, honor²⁵⁷, intimidad²⁵⁸ e imagen²⁵⁹, para deslindarlos, o

²⁵² DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 325.

²⁵³ Art. 3.1 LO 1/1982, de 5 de mayo.

²⁵⁴ VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, BOE, Madrid, 2000, sinopsis.

²⁵⁵ Parafraseado de HERRERO TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.

²⁵⁶ Entre otras, STC, SALA 2ª, 200/1998, de 14 de octubre, FJ 2, cuando afirma que “*el derecho al honor constituye un límite a las libertades de expresión e información*”.

²⁵⁷ El TC en numerosas sentencias acude a las definiciones de la RAE como paso previo o complementario para fijar el contenido de algunos derechos. *Vid.* RAE, definición de honor, en su primera acepción: “*calidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y uno mismo*”. Disponible en:

no, del derecho a la protección de datos. Debemos analizar el concepto que de los mismos nos ofrece la legislación, si es que lo hace, y el TC en esta etapa clásica, pero sin olvidarnos de la opinión doctrinal, en ocasiones actuando como avanzadilla en la interpretación de los derechos. Todo ello sin olvidar que no es fácil establecer su contenido, toda vez que, como afirma el propio TC refiriéndose al honor y que podemos extender a imagen e intimidad, el contenido es *“lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento””*²⁶⁰.

La LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ha desarrollado el art. 18.1 CE. Y llama la atención que no nos ofrece un concepto, como tal, de los mismos. No obstante, es relevante y, quizás, algo visionario desde nuestro punto de vista, que liga el concepto de honor/intimidad/imagen a lo que en cada momento piensa la sociedad sobre ellos y, principalmente, lo que para cada persona signifiquen. Así, en su art. segundo afirma que la protección de estos tres derechos *“quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*²⁶¹. Y más importante, como hemos dicho, es lo que se afirma en el preámbulo de esta ley respecto del reseñado

<https://dle.rae.es/honor?m=form>. (Consulta: 14/03/24).

²⁵⁸ Vid. RAE, definición de intimidad, en su segunda acepción: *“Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”*. Disponible en:

<https://dle.rae.es/intimidad>. (Consulta: 14/03/24).

²⁵⁹ Vid. RAE, definición de imagen, en su primera acepción: *“Figura, representación, semejanza y apariencia de algo”*. Disponible en:

<https://dle.rae.es/imagen?m=form>. (Consulta 14/03/24).

²⁶⁰ STC, sala 2ª, 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3.

²⁶¹ Vid. art. segundo LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

artículo cuando señala que “Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”²⁶².

En cuanto a la opinión doctrinal sobre estos clásicos derechos, Balaguer Callejón afirma que la “diferenciación (...) estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo, en contraposición con la intimidad, que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad y al honor donde puede tratarse de aspectos externos o internos, pero deben lesionar la dignidad personal”²⁶³. Diferenciación sencilla y aclaratoria.

Mirando hacia el Tribunal Constitucional, y siempre desde la perspectiva de la libertad de información²⁶⁴, hemos de reiterar la idea de que considera los tres derechos de manera autónoma y que el derecho a la propia imagen, que algunos autores suelen incluirlo/confundirlo con honor e intimidad “*queda protegido aún cuando no resulte afectada la intimidad ni el honor*” (STC 139/2001)²⁶⁵. A través de él se tutelan

²⁶² Vid preámbulo de la cit. LO 1/1982, de 5 de mayo.

²⁶³ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *obra cit.*, pp. 26 y ss.

²⁶⁴ Todas las sentencias examinadas —o prácticamente todas—, tratan los derechos del art. 18.1 y art. 18.4 CE desde la colisión con el derecho a la libertad de expresión y, sobre todo, con el derecho a la libertad de información ejercida por periodistas.

²⁶⁵ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *obra cit.*, p. 387.

aspectos de nuestra vida que sólo con la intimidad y el honor no quedarían suficientemente protegidos. El TC perfila su contenido considerando que *“el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, (...) en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”*²⁶⁶. Por tanto, el titular de este derecho no sólo puede impedir que su imagen se difunda incondicionadamente, sino que, según el TC, tiene el derecho a determinar la información gráfica generada que puede difundirse públicamente, introduciéndose la importante idea del control sobre nuestra persona y, en particular, sobre nuestra propia imagen.

En este sentido, en la STC, sala 2ª, 170/1987, de 30 de octubre, se insiste en este concepto que no podemos perder de vista para la construcción actual del derecho a la protección de datos, pues el titular del derecho a la propia imagen tiene derecho a determinar la imagen de sí mismo que quiere mostrar a los demás, siempre que no exceda de una *“esfera estrictamente personal”*²⁶⁷. Por tanto, el titular del derecho puede impedir la difusión incondicionada de su imagen, aunque no tiene un derecho ilimitado a permanecer en el anonimato. Dicho anonimato, de cualquier modo, es también un valor²⁶⁸. Y destaca de la doctrina constitucional la idea de control/autocontrol de nuestra imagen en relación con la libertad de información; la existencia de un poder de decisión sobre la información gráfica que queremos que sea publicada²⁶⁹.

²⁶⁶ Vid., entre otras, SSTC, sala 1ª, 99/1994, de 11 de abril; sala 1ª, 139/2001, de 18 de junio; sala 2ª, 156/2001, de 2 de julio.

²⁶⁷ STC, sala 2ª, 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4.

²⁶⁸ Parafraseado STC, sala 1ª, 99/1994, de 11 de abril.

²⁶⁹ Vid. STC, sala 2ª, 117/1994, de 25 de abril, que afirma que *“El derecho a la propia imagen (...) garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos (...) como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades*

Al mismo tiempo el TC, en STC, sala 2ª, 197/1991, de 17 de octubre, nos ofrece una definición del derecho a la intimidad afirmando que implica *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario (...) para mantener una calidad mínima de la vida humana”*²⁷⁰. Continúa señalando en una posterior sentencia que *“lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”*²⁷¹; y correspondiendo a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno²⁷². Autocontrol de la intimidad, pero determinado/condicionado, como hemos expuesto, por nuestro comportamiento.

Y respecto al honor la STC, sala 1ª, 170/1994, de 7 de junio, afirma que *“El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas (...). El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”*

definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona (...). El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada (...).”

²⁷⁰ STC, sala 2ª, 197/91, de 17 de octubre, FJ 3.

²⁷¹ STC, sala 2ª, 127/2003, de 30 de junio, FJ 7.

²⁷² STC, sala 1ª, 83/2002, de 22 de abril, FJ 5.

(STC 185/1989). Ahora bien, cualesquiera que fueren estos y siempre en relación con ellos la divulgación de cualesquiera expresiones o hechos concernientes a una persona que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre (art. 7. 3 y 7 L.O. 1/1982) ha de ser calificada como intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor”²⁷³.

Lo destacable, y que hemos de tener presente a lo largo de este trabajo, es ese poder de decisión que el TC establece para terminar de perfilar el contenido de estos tres derechos clásicos de la privacidad. Poder para decidir la información personal/familiar/gráfica que queremos reservar al conocimiento ajeno²⁷⁴. Autocontrol o autodeterminación, pero en relación con nuestro comportamiento y actos, no alejados de los mismos. Así, podemos exigir y limitar la información respecto de actuaciones que hemos realizado, dependiendo del uso que quiera hacerse de ellas.

III. A modo de conclusión sobre los derechos en juego

Son los avances tecnológicos examinados y las leyes de protección de datos que van surgiendo, como consecuencia del contexto tecnológico, lo que conduce a que al final de esta etapa, año 2000²⁷⁵, se “cree” el derecho a la protección de datos. Y ello aunque no tendrá la amplitud que se le concede en la siguiente etapa de revolución tecnológica.

²⁷³ STC, sala 1ª, 170/1994, de 7 de junio.

²⁷⁴ STC, sala 1ª, 83/2002, de 22 de abril, FJ 5.

²⁷⁵ Con las SSTC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre y 292/2000, de 30 de noviembre.

Ni nuestros constituyentes²⁷⁶, ni el TC en sus primeras sentencias en esta etapa “analógica” o clásica, consideraron el derecho a la protección de datos con la amplitud que empieza a adquirir al final de la misma. Prácticamente en todas las sentencias del TC, hasta el año 2000, se vincula el derecho a la protección de datos con el derecho al honor o la intimidad; además de existir una cierta confusión entre intimidad y privacidad, que el TC utiliza de manera indistinta.

Consideramos, como hemos ido reflejando, que el derecho a la protección de datos no lo podemos identificar con privacidad, sino que es una parte de la misma. La privacidad sería el género, es decir todo el art. 18 CE; incluso creemos que se extiende a más derechos como la integridad moral o la libertad personal. Y, por otro lado, encontraríamos las subespecies: honor, intimidad, propia imagen y protección de datos. Este último derecho, a su vez, es garantía de otros derechos fuera de los clásicos del art. 18. No obstante, en este momento, el TC se limita a considerar que los derechos y bienes en juego en el art. 18.4 CE son los clásicos de la privacidad o, incluso, la propia privacidad, que en ocasiones la utiliza como sinónimo de protección de datos, aunque no lo sea a nuestro juicio.

²⁷⁶ Tal y como se desprende de los debates constituyentes examinados en la primera parte de este trabajo.

PARTE TERCERA

LA INFLUENCIA DE LA ERA “ANALÓGICA” EN EL NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

I. A modo de premisa

Es necesario examinar cómo influye en la creación del derecho fundamental a la protección de datos, esta etapa “analógica o clásica”²⁷⁷. Etapa de revolución digital pero no, todavía, de digitalización de la sociedad tal y como la conocemos, ya bastante avanzado el s. XXI. Y ello porque ni el propio art. 18.4 CE, ni siquiera los debates constituyentes, hablan de protección de datos.

No obstante, no hay duda, como hemos venido examinando, que la revolución digital —tratamiento de datos, uso generalizado de ordenadores personales, internet, medios de comunicación de masas...—, están en el punto de partida del nacimiento de este derecho, que es de creación jurisprudencial. Pero siempre por detrás de la evolución de la sociedad e, incluso, de la propia idea que nuestros primeros constituyentes ya le otorgaron a la redacción del art. 18.4, luego denominada por el TC derecho a la protección de datos²⁷⁸, y en la que tuvieron una gran visión de futuro. Como ya dijimos, toda una mirada presciente que quizás no reflejaron con una precisa técnica legislativa, con la que hubieran evitado el complejo debate doctrinal sobre el contenido del derecho fundamental a la protección de datos.

No sólo algunos de nuestros constituyentes entendieron que el art. 18.4 CE comprendía más derechos que el honor y la intimidad, sino que expresamente el propio artículo, que se incorporó a la CE, señala que se limitarán los usos de la informática para garantizar no sólo honor

²⁷⁷ Etapa intermedia sin la cual no podríamos entender el derecho fundamental a la protección de datos.

²⁷⁸ *Vid.* conclusiones alcanzadas en la primera parte del trabajo, en el epígrafe relativo a los debates constituyentes sobre el art. 18.4 CE.

e intimidad, sino también el pleno ejercicio de los demás derechos de la ciudadanía.

Por tanto, la conceptualización del derecho a la protección de datos en los albores del mismo, requiere de un examen principalmente jurisprudencial. Ese análisis previo, junto con los primeros debates constituyentes, confirman que los arts. 18.1 y 18.4 CE regulan derechos distintos. No obstante, el derecho del art. 18.4 CE “bebe”, entre otros, de los clásicos derechos de la privacidad, aunque también de algunos otros.

II. “Creación” del derecho a la protección de datos

1. Orígenes

En este contexto, comienza reconociendo el TC en una sentencia de principios de los años ochenta, pocos años después de la promulgación de la CE, que el “*avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación de masas*”²⁷⁹, propios de esta etapa clásica en la que nos hemos centrado, obligan a una protección distinta de la vida privada, toda vez que los límites de ésta han cambiado. En concreto, la STC, sala 1ª, 110/1984, de 26 de noviembre, en la que, por otro lado, identifica/confunde intimidad con vida privada²⁸⁰, realiza una referencia a los datos planteándose dónde se

²⁷⁹ STC, sala 1ª, 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3.

²⁸⁰ *Vid.* STC *cit.* En el FJ 3 se afirma que “*Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad. El primer problema que se plantea en el presente caso es*

pueden incluir, dentro del derecho fundamental a la intimidad, los datos económicos de una persona²⁸¹.

No es aventurado decir que nos encontramos con una de las primeras sentencias, sino la primera, que se plantea la cuestión relativa al tratamiento de los datos. Aunque lógicamente lo hace de forma tímida, desde la perspectiva del derecho a la intimidad, toda vez que todavía no tienen en mente un derecho a la protección de datos como tal.

No obstante, cuando el TC dicta esta sentencia no introduce ninguna novedad en nuestro ordenamiento, ya que era conocedor del Convenio del Consejo de Europa sobre esta materia del año 1981. En concreto, conocía que España había ratificado un Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal²⁸². Llama la atención que en el preámbulo del Convenio se habla, del mismo modo que hace el TC en su sentencia, del derecho a la vida privada²⁸³ y no, todavía, del derecho a la protección de datos.

Más avanzada esta etapa *clásica*, en 1993, el TC en la sentencia, sala 1ª, 254/1993, de 20 de julio, da un salto cualitativo y alude al tratamiento de datos personales. No obstante, como siempre ocurre, el TC simplemente refleja en su sentencia lo que ya es un “hecho notorio” en la sociedad, el avance cuantitativo/cualitativo de lo digital. Incluso,

determinar en qué medida entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida los datos relativos a la situación económica de una persona y a sus vicisitudes”.

²⁸¹ Parfraseado de la STC *cit.*

²⁸² Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>. (Consulta: 19/03/24).

²⁸³ *Vid* preámbulo del Convenio *cit.*, cuando afirma que “*Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados*”.

como ya hemos reseñado, existía un Convenio sobre la materia ratificado por España en 1984 y el legislador había dictado la ya derogada LORTAD, cuyo objetivo era la regulación del tratamiento de los datos personales²⁸⁴.

Sin embargo, es importante el paso hacia adelante del TC con la sentencia reseñada, al hablar de tratamiento de los datos personales y de derecho fundamental (aunque como de soslayo) y, en concreto, refiriéndose a él como *“libertad informática”*²⁸⁵. El tribunal todavía no alude a la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos regulado en el art. 18.4 CE, sino que se plantea, *a priori*, si se está protegiendo el derecho a la vida privada²⁸⁶. No obstante, conforme avanza en su fundamentación ésta se torna más interesante, aunque lo haga poniéndolo en relación con el derecho a la intimidad, al afirmar que *“La “libertad informática”, reconocida por el art. 18.4 de la Constitución, ya no es la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de habeas data”*²⁸⁷. Se

²⁸⁴ Que según el TC es a *“lo que la Constitución llama “la informática”*”. (STC, sala 1ª, 254/1993, de 20 de julio, FJ 6).

²⁸⁵ STC, sala 1ª, 254/1993, de 20 de julio, FJ 6. Luego reiterado en SSTC 143/1994, FJ 7, 11/1998, FJ 4, 94/1998, FJ 6, 202/1999, FJ 2.

²⁸⁶ *Ibidem*, FJ 4: *“El nudo gordiano del presente recurso consiste en determinar si las dos primeras letras del art. 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales surten efecto directo, o en su caso interpretativo, en relación con los derechos fundamentales que enuncia el art. 18 de la Constitución. Dicho Convenio tiene como fin garantizar a toda persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, y en especial de su derecho a la vida privada, respecto al tratamiento automatizado de sus datos personales (art. 1)”*.

²⁸⁷ *Ibidem*, FJ 5: *“La “libertad informática”, reconocida por el art. 18.4 de la Constitución, ya no es la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de habeas data. Tales son las ideas generalmente admitidas hoy entre los juristas y en el Derecho comparado, que ofrece una de las vías para delimitar el contenido esencial de un*

limita, pues, a trasladar el contenido del derecho a la intimidad, que reiteradamente había fijado, al mundo de la informática. Aunque no por ello hemos de restarle importancia, pues todo suma.

Pero el salto cualitativo lo da el TC cuando realiza una alusión concreta al art. 18.4 CE afirmando que el mismo es una garantía constitucional de otros derechos, “*fundamentalmente del honor y la intimidad*”²⁸⁸. Y resulta realmente interesante cuando afirma que también supone una garantía “*a la dignidad y a la libertad de la persona*”²⁸⁹ frente a agresiones que provengan de la utilización ilegítima “*del tratamiento mecanizado de datos*”²⁹⁰.

Por tanto, aunque el Alto Tribunal todavía no se plantea un derecho fundamental a la protección de datos, sí que afirma, tímidamente, que estamos ante “*un derecho o libertad fundamental*”²⁹¹ si bien en los términos referidos.

derecho fundamental (STC 11/1981). Desde esta perspectiva puede afirmarse que el derecho a la intimidad del solicitante de amparo ha quedado vulnerado en su contenido esencial por la negativa de la Administración a permitirle todo acceso a los datos a él referentes contenidos en archivos públicos automatizados, datos que por el mero hecho de encontrarse en un fichero público el demandante tenía derecho a controlar, pues una norma con rango de Ley así se lo reconoce, sin necesidad de esperar a ulteriores desarrollos legislativos o reglamentarios”.

²⁸⁸ *Ibidem*, FJ 6.

²⁸⁹ *Ídem*.

²⁹⁰ *Ídem*. Vid. FJ 6 cuando afirma que “*Dispone el art. 18.4 C.E. que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”*”.

²⁹¹ Vid. STC, sala 1ª, 254/1993, de 20 de julio, FJ 6 cuando afirma que “*De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e*

El Alto Tribunal está influenciado por los avances de la sociedad, a los que, obviamente, no puede ser ajeno como garante que es de la CE, así como por tratados internacionales en materia de protección de datos personales y por la propia legislación interna en la materia²⁹². Todo ello le hace plantearse nuevos retos, empezar a reflexionar y a introducir nuevos contenidos en el art. 18.4 CE. Ciertamente es que todavía, en este momento, no vislumbra un derecho fundamental distinto, pero sí sostiene que el art. 18.4 CE no tiene el mismo contenido que el 18.1 CE. Y lo más importante es que considera que garantiza no sólo los derechos expresamente mencionados en el apartado 4, sino que afirma que tutela la protección de otros, como la dignidad y la libertad, frente a los usos inadecuados de la informática.

Es interesante esta referencia concreta a la dignidad y a la libertad, y no a otros derechos, porque así se recoge en la STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre, que “crea” el derecho fundamental a la protección de datos en los términos que examinaremos. Quizás esta

incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"“.

²⁹² El propio TC reconoce (STC, sala 1ª, 254/1993, de 20 de julio, FJ 9) que la aprobación de esta LO refuerza las conclusiones alcanzadas en ella: “No es ocioso advertir que la reciente aprobación de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (L.O. 5/1992, de 29 octubre), no hace más que reforzar las conclusiones alcanzadas con anterioridad. La creación del Registro General de Protección de Datos, y el establecimiento de la Agencia de Protección de Datos, facilitarán y garantizarán el ejercicio de los derechos de información y acceso de los ciudadanos a los ficheros de titularidad pública, y además extienden su alcance a los ficheros de titularidad privada. Pero ello no desvirtúa el fundamento constitucional de tales derechos, en cuanto imprescindibles para proteger el derecho fundamental a la intimidad en relación con los ficheros automatizados que dependen de los poderes públicos”.

referencia a la dignidad se deba a que el TC ya venía afirmando que la misma se encuentra en la base de los derechos del art. 18 CE²⁹³.

La evolución jurisprudencial es imparable en el camino hacia el nacimiento del derecho fundamental a la protección de datos y a la determinación de su contenido, que podemos situar en la STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre²⁹⁴, poco tiempo después de que se hubiera dictado la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal²⁹⁵. Alude por primera vez el TC a este derecho fundamental, al fijar los presupuestos de los que debe partir para resolver la cuestión objeto del recurso y que son *“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales y, en segundo término, los rasgos generales que caracterizan a la Agencia de Protección de Datos dado que la función general de este órgano es la de “velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación””*²⁹⁶.

La consolidación del concepto se produce con la STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre²⁹⁷. En esta resolución el TC reconoce la labor de los constituyentes, como no podría ser de otro modo y como ya veníamos destacando, al señalar que fueron conscientes *“de los riesgos*

²⁹³ STC, sala 1ª, 214/1991, de 11 de noviembre.

²⁹⁴ STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre.

²⁹⁵ Norma que se encuentra derogada con efectos de 7/12/18, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional decimocuarta de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales que establece que *“Las normas dictadas en aplicación del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que hubiesen entrado en vigor con anterioridad a 25 de mayo de 2018, y en particular los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, siguen vigentes en tanto no sean expresamente modificadas, sustituidas o derogadas”*.

²⁹⁶ STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

²⁹⁷ Sentencia que resuelve un recurso de inconstitucionalidad *“interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”*.

*que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía (...) de ciertos derechos fundamentales (...)*²⁹⁸.

Pero la importancia de estas resoluciones —nada revolucionarias, si pensamos que nos encontramos ya en el s. XXI tras toda una revolución técnica digital y en el comienzo de la digitalización de la sociedad—, radica en hablar, por primera vez, de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho fundamental a la protección de datos²⁹⁹. Y, además, en tanto la segunda de ellas afirma que se trata de un derecho distinto de los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, toda vez que *“el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto”*³⁰⁰. Por tanto, a partir de este momento no sólo se produce el nacimiento del derecho fundamental a la protección de datos, sino que deja claro, a pesar de su estrecha relación, que son derechos distintos.

²⁹⁸ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4 que continúa señalando que *“(...) y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales... como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía “como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona”, pero que es también, “en sí mismo, un derecho o libertad fundamental” (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6). Preocupación y finalidad del constituyente que se evidencia, de un lado, si se tiene en cuenta que desde el anteproyecto del texto constitucional ya se incluía un apartado similar al vigente art. 18.4 CE y que éste fue luego ampliado al aceptarse una enmienda para que se incluyera su inciso final. Y más claramente, de otro lado, porque si en el debate en el Senado se suscitaron algunas dudas sobre la necesidad de este apartado del precepto dado el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al honor en el apartado inicial, sin embargo, fueron disipadas al ponerse de relieve que estos derechos, en atención a su contenido, no ofrecían garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía entrañar para la protección de la vida privada. De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto”*.

²⁹⁹ Vid. STC cit., FJ 5 cuando afirma que *“Este derecho fundamental a la protección de datos (...)”*.

³⁰⁰ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.

2. Contenido. La importancia de los datos personales

El contenido del derecho a la protección de datos en la etapa examinada, es fijado por el Alto Tribunal en la STC 290/2000, de 30 de noviembre; contenido que consolidará y ampliará en posterior sentencia de la misma fecha, afirmando que *“garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales”*³⁰¹. El TC señala, pues, que este derecho fundamental comprende, a su vez, *“un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales (...)”*³⁰².

Ese conjunto de derechos³⁰³ a los que se refiere el TC, y que conforman el contenido de este derecho fundamental que le *“garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales”*³⁰⁴, son los siguientes:

a) Derecho *“a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos”*³⁰⁵. Por tanto, un elemento esencial es el consentimiento. El mismo es parte esencial de este “nuevo” derecho fundamental.

³⁰¹ STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

³⁰² *Ídem*. Vid. FJ 7, respecto al contenido del derecho fundamental a la protección de datos: *“un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental aquí considerado por parte de las Administraciones Públicas competentes”*.

³⁰³ STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

³⁰⁴ *Ídem*.

³⁰⁵ *Ídem*.

b) Derecho “*a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad*”³⁰⁶. Lógicamente, tenemos que ser informado de que existen ficheros con nuestros datos, en caso contrario no podríamos prestar nuestro consentimiento a su tratamiento.

c) Derecho “*a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos*”³⁰⁷. Derecho importantísimo, antesala del derecho al olvido. Aunque haya habido consentimiento —mucho más si no lo ha habido—, podemos exigir que se dejen de poseer y utilizar nuestros datos.

En definitiva, el derecho a la protección de datos es la suma de todos estos derechos o facultades que “*el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales*”³⁰⁸.

No obstante, aunque el TC está creando un nuevo derecho fundamental y fijando su contenido, ofreciéndonos un material muy importante sobre el mismo, lo cierto es que en este momento todavía se encuentra sin desarrollar suficientemente. Así, nos surgen dudas sobre su propio contenido; sobre cómo nos protege en su colisión con el ejercicio de la libertad de información. Así afirma el TC, refiriéndose al art. 18.4 CE, que “*(...) es procedente recordar que este precepto (...) contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos*”³⁰⁹. Por tanto, no queda claro si estamos ante un “nuevo” derecho fundamental o sólo ante un límite (el TC habla de garantía) de otros derechos ante un uso inadecuado de la informática. Además, se refiere expresamente a que estaríamos ante un límite en el ejercicio de cualquier derecho;

³⁰⁶ *Ídem.*

³⁰⁷ *Ídem.*

³⁰⁸ *Ídem.*

³⁰⁹ STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

afirmación que no es baladí, toda vez que es lo que afirma la literalidad del precepto y así fue introducido por nuestros constituyentes.

Posteriormente, en la misma sentencia, el TC afirma que estamos ante *"un derecho fundamental"*³¹⁰, y que este derecho fundamental es *"el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama 'la informática'"*³¹¹. Es decir, que nos protege frente al uso ilegítimo de la informática cuando ésta ataca nuestra dignidad y libertad.

Por tanto, seguimos sin saber si es un derecho fundamental, del que habla expresamente, o si es un límite o garantía para otros derechos. Además, desconocemos también a qué derechos se está refiriendo: si alude a todos, como literalmente afirma el art. 18.4 CE, o especialmente al honor/intimidad; o si sólo entra en juego cuando se ataque nuestra libertad y dignidad frente al uso inadecuado de la informática.

El TC, en la posterior sentencia de la misma fecha³¹², confirma la existencia de un "nuevo derecho" fundamental y, respecto a su contenido, señala que *"es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que (...) extiende su garantía no sólo a la intimidad (...) art. 18.1 CE, sino a (...) los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada (...) como el derecho al honor (...) e igualmente (...) al pleno ejercicio de los derechos de la persona"*³¹³.

³¹⁰ *Ídem.*

³¹¹ *Ídem.*

³¹² En estas fechas, ya la CDFUE, de 7 de diciembre de 2000, en su art. 8 regulaba el derecho a la protección de datos en la UE, derecho reconocido con anterioridad en otros textos internacionales. No obstante, como dijimos, no adquiere carácter vinculante hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009.

³¹³ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6: *"...el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión*

El TC afirma en esta sentencia, como posteriormente irá reiterando en otras, que no sólo se protege frente a los clásicos derechos de la privacidad, sino frente a cualquier derecho de la persona. Por tanto, es evidente la amplitud del concepto, aunque restringido a “*los datos de carácter personal*”³¹⁴, sean o no “*relativos a la vida privada o íntima de la persona*”³¹⁵ y a una referencia genérica a cualquier otro derecho, sin especificar.

En esta etapa “clásica”, el contenido del derecho fundamental a la protección de datos “*consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero (...) o cuáles puede este tercero recabar (...)*”³¹⁶. Le otorga al titular un conjunto de facultades que implican deberes para terceros y que, en definitiva, le dan control sobre sus datos personales³¹⁷. Son elementos indispensables del contenido de

constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.

³¹⁴ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

³¹⁵ *Ídem*.

³¹⁶ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7: “*Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”.*

³¹⁷ Parafraseado de la STC *cit.* FJ 6, que literalmente afirma que “*el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos*

este derecho, de creación jurisprudencial, los derechos mencionados *ut supra* al consentimiento, información y oposición al uso y tratamiento de sus datos³¹⁸.

Es sumamente interesante este contenido del derecho a la protección de datos, referido al “*poder de disposición y de control sobre los datos personales*”³¹⁹. No obstante, es necesario ver cómo lo amplía el TC y la normativa que lo desarrolla para tratar de determinar si en esta época tecnológica nos protege suficientemente en su colisión con la libertad de información.

Como venimos afirmando, nos parece un concepto amplio pero insuficiente, toda vez que el TC no aclara qué entiende por dato personal. ¿Podemos ampliar dicho concepto?, ¿qué ocurre cuando no hablamos de datos personales?, ¿o cuando el acceso a los datos sea el correcto según la legislación, no se lesionen ni los clásicos derechos de la privacidad, pero consideremos lesionada nuestra identidad?, ¿no estamos también ante una lesión del derecho a la protección de datos cuándo los datos, que por sí solos e incluso enlazados por quien ejerce la libertad de información en un medio digital, no lesionan ningún derecho de la persona pero sí reflejan una idea de mí mismo que no responde a mi realidad, o a la que otros tienen de mí, o a la que yo quiero ofrecer a los demás? ¿cómo influye la excepción periodística en el control de los datos?. Son muchas las preguntas que nos surgen ante un contenido de la

poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales”.

³¹⁸ *Ídem.*

³¹⁹ *Ídem.*

protección de datos, cuanto menos, inacabado y pendiente aún de reflexiones intensas.

No podemos negar el salto cualitativo que supone la creación jurisprudencial del derecho fundamental a la protección de datos³²⁰, aunque sea recién entrados en el s. XXI, pero se nos antoja todavía muy alejado de la protección que creemos debiera otorgar el art. 18.4 CE. Será necesario avanzar y observar la evolución del TC, así como el desarrollo normativo en la etapa de una sociedad digital, donde “lo digital” lo impregna/invade todo.

En este contexto de nacimiento de un derecho fundamental, que nuestros constituyentes tímidamente intuyeron al referirse a la informática en el art. 18.4 CE, es necesario conocer el significado de dato personal para poder realizar una adecuada valoración del contenido que del mismo realiza nuestro TC. En la reseñada STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, se realiza una reflexión³²¹ sobre el contenido de

³²⁰ No obstante, el TEDH ya tenía amplia jurisprudencia en la materia. En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2023, p. 393: “Por su parte, el TEDH ha venido elaborando una amplia jurisprudencia sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Como punto de partida, la STEDH Rotaru c. Rumanía, de 4 de mayo de 2000, señaló que la limitación del tratamiento de datos tiene dos vertientes, una negativa, que se impone a los poderes públicos en la recogida de datos, y otra positiva, que permite a las personas interesadas acceder a esos datos y oponerse a su uso abusivo”.

³²¹ *Vid.* STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, donde realiza una reflexión sobre el contenido de este derecho atendiendo al mandato de la CE. Y así afirma que “Estas conclusiones sobre el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corrobora, atendiendo al mandato del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la STC 254/1993, FJ 4, que no se limita “a establecer los principios básicos para la protección de los datos tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11”, sino que los completa “con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8”, al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa. Por último,

este derecho que no debemos dejar pasar y que nos remite a normativa nacional y supranacional a tener en cuenta para fijar el concepto de dato personal. El TC alude a la necesidad de establecer un marco jurídico, que viene marcado por la normativa internacional que regula el ejercicio de este derecho en todos los aspectos que él incluye en la referida sentencia 292/2000, como parte de su contenido. Así, alude a los siguientes textos internacionales:

a) Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981³²² en cuyo art. 2 a) afirma que *“Datos de carácter personal” significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (“persona concernida”)*³²³. Por tanto, se va perfilando más este derecho cuando observamos que sólo incluye a las personas físicas y respecto a la información que permita su identificación. Se excluyen los datos/información sobre personas jurídicas y sobre personas físicas si esa información no nos conduce a la persona de la que se está informando.

otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental”.

³²² Convenio suscrito por España en 1984. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>. (Consulta: 9/04/24).

³²³ *Vid.* art. 2 a) del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

b) Por su parte, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos³²⁴, nos ofrece la definición en su art. 2 cuando señala que “*A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (a) «datos personales» toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*”³²⁵.

Con esta definición se perfila, aún más, el concepto de datos personales a efectos de nuestro derecho fundamental examinado, al concretar que los datos/información permitan identificar, aún indirectamente, a la persona física ya se trate de un dato que se refiera a su fisiología o de otro tipo (económico, cultural, social...).

c) Y nuestra LOPD 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal nos ofrece (tanto en la redacción primitiva como en la actual) la definición de dato personal en su art. 3 a) al afirmar lo siguiente: “*Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”³²⁶. Este texto es el más sencillo de todos y no nos ofrece las concreciones de la Directiva 95/46/CE; no obstante, esto no significa

³²⁴ Disposición derogada. Finalizó su vigencia el 24/05/18. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>. (Consulta: 7/07/23).

³²⁵ *Vid.* art. 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

³²⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>. (Consulta: 7/07/23).

una desventaja toda vez que engloba cualquier información que permita identificar a la persona física.

Es una evidencia que los textos utilizan la misma definición de dato personal —con mayor o menor amplitud—, y que, además, nos resulta de gran interés para nuestro futuro concepto del derecho fundamental a la protección de datos, pues se refieren a cualquier información relativa a una persona. Al mismo tiempo, observamos que, a lo largo de esta etapa, a la que hemos llamado “analógica” o clásica, se producen una serie de acontecimientos que tienen que ver con la informática y los medios de comunicación de masas, que obligan a que se dicte normativa internacional y nacional en materia de protección de datos y que hace que nuestro TC “cree” un derecho *ad hoc* para su protección. No obstante, reiteramos que todavía es pronto para aventurar si el TC irá perfilando este derecho, en la etapa de revolución digital, hasta dotarlo de un mayor contenido y, con ello, de una mayor protección.

3. Límites

3.1. Rasgos generales

Los derechos fundamentales no son absolutos: “todos los derechos tienen sus límites³²⁷, que pueden estar reconocidos o no expresamente por el ordenamiento jurídico”³²⁸.

³²⁷ Vid. AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del centro de estudios constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 23: “La propuesta que De Otto ofrece como alternativa parte, indudablemente, del rechazo de la interpretación dominante del artículo 53: “el artículo 53.1 no puede interpretarse como una reserva general de limitación; (...) se opone a ello la existencia de reservas específicas de limitación, (...) y el uso que la propia Constitución hace del término ejercicio (regular el ejercicio de un

Los límites están establecidos en la propia Constitución y, en otras ocasiones derivan de “la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”³²⁹. Es decir, “junto a la existencia de (...) límites expresos e inmanentes, hay que señalar que el sistema de relaciones entre los derechos conduce, necesariamente, a proclamar que todos los derechos encuentran un límite en los derechos de los demás”³³⁰. En todo caso, como señala el art. 53 CE y el TC, los límites no pueden afectar a su contenido esencial³³¹ porque lo harían “*impracticable*”³³²; es al TC a quien corresponde resolver, en última instancia, qué derecho prevalece “*en la colisión entre los derechos fundamentales invocados*”³³³.

derecho supone que éste se encuentra ya delimitado constitucionalmente y que, en consecuencia, el legislador se halla ante un poder jurídico definido que no puede alterar en su contenido)”. Consecuentemente, si la Constitución no contiene una habilitación general para limitar los derechos, los únicos límites posibles son aquellos que vienen expresamente avalados por una habilitación constitucional expresa (“si el derecho no está sometido a una reserva de limitación no es posible inventarla ni sustituirla por consideraciones metapositivas de cualquier orden que sea: el derecho no es limitable”). Los supuestos de arbitrariedad o exceso en el ejercicio de los derechos se han de resolver, más que desde el principio de unidad de la Constitución, sobre la base de una delimitación conceptual más acabada del contenido constitucional del derecho”.

³²⁸ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *obra cit.*, p. 280.

³²⁹ FLORES GIMÉNEZ, F. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Seguridad global y derechos fundamentales*, en *Cuadernos de estrategia* 188, Madrid, Instituto español de estudios estratégicos, 2017, p. 50. Disponible en:

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_188.pdf. (Consulta: 20/03/24).

³³⁰ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *obra cit.*, p. 280.

³³¹ STC, pleno, 11/1981, de 8 de abril, FJ 8: “*Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales*”.

³³² *Ídem*: “*se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”.

³³³ Entre otras, STC, sala 2ª, 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4: “*La cuestión se centra, pues, en la valoración constitucional que a este Tribunal corresponde en relación con*

Lo cierto es que, en línea con el TC, entendemos que el art. 18.4 CE es un derecho autónomo que tiene límites —y uno de ellos es la libertad de información—. En este sentido, destaca el TC la existencia de límites en la sentencia en la que confirma la creación³³⁴ del derecho a la protección de datos, afirmando que las *“limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y*

la apreciación hecha en dicha Sentencia sobre la prevalencia final en la colisión entre los derechos fundamentales invocados”.

³³⁴ Vid. STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9 en su integridad: *“En cuanto a los límites de este derecho fundamental no estará de más recordar que la Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas” (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; ATC 155/1999, de 14 de junio). Y las SSTC 110/1984 y 143/1994 consideraron que la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (art. 31 CE) como bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del art. 18.1 y 4 CE. El Convenio europeo de 1981 también ha tenido en cuenta estas exigencias en su art. 9. Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH, aplicable también al tráfico de datos de carácter personal, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (...), o la persecución de infracciones penales (mutatis mutandis, SSTEDH, casos Z, de 25 de febrero de 1997, y Funke, de 25 de febrero de 1993), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)”.*

proporcionados para el logro de su propósito”³³⁵. El TC, con referencia a los límites externos del derecho fundamental a la protección de datos, impone al legislador que los límites sean los imprescindibles para la convivencia en un Estado democrático. Límites que establecerá el legislador al regular este derecho en uso de la facultad que le atribuye el art. 53.1 CE.

3.2. Los clásicos derechos de la privacidad. Límite de la libertad de información

Con independencia de los límites referidos por el TC y el TEDH, lo que resulta clave para el presente trabajo es conocer los que surgen de la colisión entre la protección de datos y la libertad de información³³⁶.

Cuando nos encontramos en el final de la etapa clásica, con la reciente creación jurisprudencial del derecho a la protección de datos, es lógico que no dispongamos de sentencias del TC que traten la colisión entre ambos derechos. Debemos esperar a que avance el s. XXI para entrar de lleno en esa confrontación, pues hasta este momento la colisión del derecho a la libertad de información, extensamente tratada por el TC, es con los clásicos derechos de la privacidad.

³³⁵ *Ídem.*

³³⁶ Es necesario conocer, en este momento y de manera breve, la opinión del TC sobre la distinción entre libertad de expresión y libertad de información. Así, en la STC sala 2ª, 200/1998, de 14 de octubre, afirma, refiriéndose a ambos derechos, que “...y aun siendo la libertad de expresión un concepto más amplio que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones (SSTC 6/1988, 123/1993 y 76/1995), aquí vino a señalarse como preponderante la de información”, aunque “el deslinde de esas dos libertades no suele ser total y absoluto, puesto que la de opinión se apoya en mayor o menor medida en afirmaciones fácticas y éstas, a su vez, pueden verse afectadas por aquélla”.

Destaca el TC que el derecho fundamental a la libertad de expresión es más amplio pero que, examinando el supuesto concreto, puede prevalecer el derecho a la libertad de información.

Se desprende de las sentencias del Alto Tribunal que, del mismo modo que lo considera la doctrina mayoritaria, los clásicos derechos de la privacidad son un límite de la libertad de información, y no un requisito objetivo de este derecho fundamental que, lógicamente aunque no lo expresa, impediría el ejercicio del mismo.

Afirma el TC que *“Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuran constitucionalmente y en las leyes que los desarrollen, entre ellos –muy especialmente– a título enunciativo y nunca numerus clausus, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así se expresa el párrafo cuarto del art. 20 de nuestra Constitución”*³³⁷.

En todo caso, cuando se produzca el conflicto entre la libertad de información y estos derechos de la privacidad, es el TC el que debe proceder a su ponderación, perfilando, con ello, el contenido de este derecho fundamental y, por tanto, el del derecho a la protección de datos. Y ello, porque como reitera el TC, estos clásicos derechos de la privacidad son límites externos del derecho a la libertad de información³³⁸.

En concreto, en la STC, sala 1ª, 219/1992, de 3 de diciembre, afirma que, en caso de conflicto, prevalecerá la libertad de información sobre estos derechos clásicos si la información es *veraz*, aunque él lo refiere expresamente al derecho al honor. Y afirma *“que la prevalencia que, con carácter general, disfruta la libertad de información frente al honor requiere que (...) cumpla dos requisitos: que la información transmitida sea veraz (...) y además que se refiera a asuntos que son de*

³³⁷ STC, sala 2ª, 76/1995, de 22 de mayo, FJ 3.

³³⁸ Y así, refiriéndose concretamente al honor, señala que es un *“límite externo”* (STC, sala 1ª, 107/88, de 8 de junio).

interés general o poseen relevancia pública, atendiendo a la materia objeto de la información y a las personas que en ellos intervienen”³³⁹.

Y la STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero, al final de la etapa examinada, reitera la prevalencia de la libertad de información sobre el honor y la intimidad —a los que expresamente se refiere nuestro art. 18.4 CE— cuando afirma que *“ha de considerarse preferente sobre otros derechos fundamentales, entre ellos el derecho al honor y a la intimidad, y ello por el objeto primordial que representan de transmitir información y facilitar un necesario y adecuado juicio crítico sobre la actuación de personas o instituciones públicas, quienes han de soportar ese mayor riesgo, a consecuencia de haber optado libremente por ostentar dicha condición*”³⁴⁰.

Por tanto, habrá que adentrarse en la siguiente etapa, de auténtica revolución tecnológica, para poder perfilar el concepto del derecho a la protección de datos desde la libertad de información, en la que resulta de gran trascendencia el concepto de veracidad. Así podremos examinar, como límite externo, también la colisión entre la libertad de información con el derecho a la protección de datos y no sólo con los clásicos derechos de la privacidad.

III. La libertad de información en la era “analógica”

³³⁹ STC, sala 1ª, 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2.

³⁴⁰ STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero, FJ 3: *“ha de considerarse preferente sobre otros derechos fundamentales, entre ellos el derecho al honor y a la intimidad, y ello por el objeto primordial que representan de transmitir información y facilitar un necesario y adecuado juicio crítico sobre la actuación de personas o instituciones públicas, quienes han de soportar ese mayor riesgo, a consecuencia de haber optado libremente por ostentar dicha condición. A ello se refiere igualmente el Tribunal Constitucional a través de su Sentencia 6/1988, de 21 de enero, al decir que el derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, requiriéndolo así el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”*.

1. Antecedentes y expansión

Para conceptualizar el derecho a la protección de datos en el marco del derecho fundamental a la libertad de información ejercida por quienes ejercen la libertad de información en medios digitales, hemos de conocer sus antecedentes normativos, junto a la evolución tecnológica. Con ello podremos, posteriormente, enmarcar conceptualmente la libertad de información en esta etapa “analógica”, de grandes avances tecnológicos y que tienen una influencia decisiva, como no podría ser de otro modo, en la forma de ejercer el periodismo/la libertad de información. Por lo tanto, va a marcar, con ello, inexorablemente el contenido del derecho fundamental a la protección de datos.

En la segunda mitad del s. XX, etapa que examinamos ahora, asistimos al avance de la prensa, pero esta vez unido al comienzo del uso de ordenadores, creación de internet, recogida de datos y su tratamiento por parte de las grandes empresas, *mass media* y uso masivo *doméstico* de la informática.

Como antecedentes/precedentes de este derecho inmediatamente anteriores a nuestra regulación constitucional, hemos de tener presente, en el ámbito internacional, el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³⁴¹, que reconoce el “*derecho a la libertad de opinión y de expresión: este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”³⁴². Derecho que se recoge también en el Pacto

³⁴¹ Documento adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas.

³⁴² DUDH, art. 19. Disponible en:

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³⁴³, en el art. 19.2³⁴⁴.

En el ámbito europeo, el llamado Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 lo regula en su art. 10, titulado la *libertad de expresión*, cuando afirma que “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...)*”³⁴⁵.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.(Consulta: 14/03/24).

³⁴³ Suscrito por España el 28 de septiembre de 1976.

³⁴⁴ “*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733>. (Consulta: 14/03/24).

Vid. art. 19, íntegro: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

³⁴⁵ “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras... El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. (Consulta 14/03/24).

En este contexto, nuestros constituyentes introdujeron la libertad de información como derecho fundamental en el art. 20.1 b), donde se reconoce y protege el derecho “*A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”³⁴⁶. Y, respecto al mismo, únicamente introdujeron enmiendas, en los debates constituyentes, relativas al término *veraz*³⁴⁷, que no prosperaron.

No obstante, este término no se concreta en la CE y cuanto menos resulta ambiguo. No es posible un concepto de protección de datos, desde el ámbito de la libertad de información, sin entender qué significa el término *veraz/verdad*. Es un término que evoluciona con la sociedad y que es importante fijar o cuanto menos proceder a su oportuna actualización, máxime en esta etapa de revolución tecnológica en la que estamos, ante medios de comunicación masiva y con un acceso de los periodistas (y de la ciudadanía que empieza a ejercer también el llamado periodismo ciudadano) a gran cantidad de datos que sólo comienzan a estar “controlados” con nuestras primeras leyes LORTAD y LOPD, a finales del s. XX. Es, pues, importante determinar si el concepto *veraz* cambia o no con la tecnología, o si siempre es el mismo

³⁴⁶ Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>. (Consulta: 14/03/24).

³⁴⁷ Reproducimos, por su interés, lo señalado en la primera parte: “*Sólo se discute sobre el término veraz —brevemente— en los debates a una enmienda introducida por el senador Zarazaga Burillo, del grupo parlamentario mixto, que pretende la supresión del citado término para evitar que se limite el derecho a la libertad de información sin que ello quiera suponer que la Constitución deba tutelar información no fidedigna. Con la aceptación de esta enmienda únicamente se trata de apoyar que esa información se presuma veraz, sin perjuicio de lo que la ley señale para el supuesto de que no lo fuera*”. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_043.PDF. (Consulta: 14/03/24).

y se interpreta de la misma forma sea cual sea el medio por el que se informe.

2. Contenido

El primer problema que se plantea para poder conceptualizar y fijar el contenido del derecho fundamental a la libertad de información en relación con la protección de datos, es el de la diferenciación/relación entre libertad de expresión y libertad de información, toda vez que su regulación en el art. 20 CE ha suscitado gran debate doctrinal. Así, “pensemos en posturas doctrinales que consideraban innecesaria la constitucionalización del derecho a la información por entenderlo incluido en la libertad de expresión, o en aquellas otras que distinguían entre derechos sustanciales y derechos instrumentales, sin olvidar las que hablaban de la existencia de auténticos derechos naturales”³⁴⁸.

Sobre este extremo son cruciales tres sentencias reiteradamente destacadas por la doctrina³⁴⁹. Así, la STC, sala 2ª, 6/1981, de 16 de marzo, al poco de promulgarse la CE, en la que se afirma que la libertad de expresión y la libertad de información comprenden varios derechos, pero también son el mismo derecho. Se señala, al respecto, que “*Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a*

³⁴⁸ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *obra cit.*, pp. 423-424.

³⁴⁹ Entre otros, REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites penales*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 27-28.

comunicar (...) simple aplicación concreta de la libertad de expresión y (...) el derecho a recibir es en rigor una redundancia”³⁵⁰.

Por otro lado, en la STC, sala 2ª, 105/1983, de 23 de noviembre, ya se reconoce la existencia de dos diferentes derechos fundamentales al afirmar que *“El apartado d) del número 1 del artículo 20 de la Constitución consagra el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos, que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva*”³⁵¹. Por otro lado, el tribunal insiste en que la libertad de información incluye a su vez dos derechos³⁵² cuando señala que *“Se trata, como el artículo 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz*”³⁵³.

El TC ya comienza a perfilar el contenido de este derecho fundamental a la libertad de información afirmando que consiste en *“el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o*

³⁵⁰ STC, sala 2ª, 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4: *“Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social”*.

³⁵¹ STC, sala 2ª, 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11.

³⁵² Ya lo había señalado en la STC, sala 2ª, 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.

³⁵³ STC, sala 2ª, 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11.

*noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros*³⁵⁴, y que “*se concreta y satisface en un comportamiento de su titular consistente en la realización de aquellos actos en que el propio derecho consiste, y que la lesión directa se produce en todos aquellos casos en que tal comportamiento –los actos de comunicación y de difusión– se ven impedidos por vía de hecho o por una orden o consignación, que suponga un impedimento para que la información sea realizada*”³⁵⁵.

A su vez, la STC, sala 2ª, 76/1995, de 22 de mayo, que surge cuando estamos entrando en el final de esta etapa tecnológica *clásica*, insiste en que ha venido considerando la libertad de expresión y de información como dos derechos diferentes y trata así de perfilar el contenido. No obstante, destaca su dificultad por *la íntima conexión entre ellos*³⁵⁶, suponiendo un obstáculo el no tener un tratamiento jurídico claramente diferenciado que impida “*confundirlas indiscriminadamente*”³⁵⁷.

El Alto Tribunal fija el contenido de ambos derechos en la sentencia reseñada. Respecto a la libertad de expresión señala que “*tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor*”³⁵⁸. Y en cuanto a la libertad de información afirma que “*El derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio sobre hechos noticiables y aun cuando no sea fácil separar en la vida real aquélla y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos*

³⁵⁴ *Ídem.*

³⁵⁵ *Ídem.*

³⁵⁶ Parafraseado de STC, sala 2ª, 76/1995, de 22 de mayo, FJ 2.

³⁵⁷ STC, sala 2ª, 76/1995, de 22 de mayo, FJ 2.

³⁵⁸ *Ídem.*

valorativos, lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo”³⁵⁹.

Nos encontramos, a finales del s. XX, con una delimitación del contenido de la libertad de información que nos resulta, cuanto menos, escasa para la finalidad pretendida. Debemos entrar, por ello, a perfilar su contenido, examinando algunos de sus límites más relevantes en esta etapa *clásica*.

3. La veracidad

Uno de los límites del derecho fundamental a la libertad de información es que la información sea *veraz*³⁶⁰, toda vez que así está regulado en nuestra CE.

Ello nos lleva a plantearnos, en primer término, qué es la verdad³⁶¹; concepto sobre el que existen multitud de posiciones doctrinales, señalando Ortega y Gasset, respecto a “la verdad o falsedad de una idea”, que “una idea es verdadera cuando corresponde a la idea que tenemos de la realidad”³⁶². Reflexión que nos aleja de nuestra posición de control/autocontrol de la información para que la misma no ofrezca una visión de la realidad alejada, no sólo de la idea que tenemos

³⁵⁹ *Ídem*.

³⁶⁰ *Vid.* art. 20. 1 d) CE.

³⁶¹ Significa según la RAE, en su primera acepción: “*Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente*”, y en su segunda acepción “*Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa*”. Disponible en: <https://dle.rae.es/verdad?m=form>. (Consulta: 14/03/24).

³⁶² JACORZYNSKI, W., “El mundo perspectivista de José Ortega y Gasset”, *Kultura i Wartosci*, Instituto de Estudios Alemanes y Lingüística Aplicada, Alemania, 2020, p. 226.

nosotros de la realidad, en este caso de nuestra identidad, sino también de la que los demás tienen de nosotros o de la que queremos ofrecer a los demás.

Del Hierro resume, refiriéndose a la verdad en la información, las distintas posiciones doctrinales afirmando que “unos sostienen que si existe algo sobre lo que pueda decirse que es verdadero o falso son los hechos, precisamente el objeto de la información; otros, por su parte, niegan que los hechos puedan situarse en un contexto significativo (...). Y como ocurrió en el plano filosófico general, aquí, en el plano concreto de la información, también la balanza se decantó hacia el subjetivismo”³⁶³. Destaca este autor que existe una posición intermedia, como la de “Kovach y Rosenstiel en su libro *Los elementos del periodismo*”³⁶⁴, que sostiene que “la verdad periodística, es *una forma práctica o funcional de la verdad. No la verdad en un sentido absoluto o filosófico (...)*”³⁶⁵. Son estas posiciones intermedias las que van conduciendo hacia los términos de veraz/veracidad en el plano jurídico.

Lo que nos interesa es conocer lo que significa el término *veraz*³⁶⁶ que utiliza nuestra Constitución, distinto del de verdad/verdadero, en el marco de la información. La doctrina mayoritaria considera que la veracidad no puede entenderse como requisito objetivo del derecho fundamental a la libertad de

³⁶³ DEL HIERRO, J.L., “Verdad y veracidad informativas: el ejemplo español”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 7, UC3M, Madrid, septiembre 2014-febrero 2015, p. 47. Disponible en:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2231/1166>.(Consulta: 6/07/23).

³⁶⁴ *Ídem*.

³⁶⁵ *Ídem*.

³⁶⁶Significado según la RAE “*Que dice, usa o profesa siempre la verdad*”. Disponible en:

<https://dle.rae.es/veraz?m=form>. (Consulta: 14/03/24).

información³⁶⁷, porque resultaría prácticamente imposible su ejercicio³⁶⁸. Y es así como lo considera también nuestra jurisprudencia constitucional, como necesidad de veracidad³⁶⁹ subjetiva.

La STC, sala 1ª, 6/1988, de 21 de enero, unos años después de la promulgación de la CE, nos dice qué debe entenderse por información veraz —concepto que irá perfilando en posteriores sentencias, conforme nos adentremos en la etapa de revolución digital—, afirmando que *“Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado (...)”*³⁷⁰.

Y la STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero, en el final de la etapa clásica, fija también qué debe entenderse por información veraz, insistiendo en el deber de diligencia del informador, al afirmar que *“no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (...)”*.

³⁶⁷ Entre otros, *vid.* REBOLLO VARGAS, R., *obra cit.*, p. 261.

³⁶⁸ *Vid.* STC, sala 1ª, 6/1988, de 21 de enero, FJ 5: *“En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”*.

³⁶⁹ Significado según la RAE: *“Cualidad de veraz”*. Disponible en: <https://dle.rae.es/veracidad?m=form>. (Consulta: 14/03/24).

³⁷⁰ STC, sala 1ª, 6/1988, de 21 de enero, FJ 5.

*De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información*³⁷¹. Y en el FJ 6 se reitera el TC cuando afirma su idea de veracidad, límite externo, al señalar que *“Este Tribunal ha sostenido de forma reiterada que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información”*³⁷².

Por tanto, el criterio que fija el TC, y que mantendrá a lo largo del tiempo, es no considerar necesario, para la protección de la libertad de información, que ésta sea verdadera. Basta con que el informador haya realizado una diligente labor de investigación; es decir, que lo importante es el *“método”* que emplea el (...) periodista³⁷³. Algo que nos resulta de todo punto interesante, planteándose el problema de cuál debe ser ese método o qué debemos entender por diligencia. Y, sobre todo, nos suscita muchas preguntas en torno a la ciudadanía que ejerce la libertad de información. ¿son conscientes de esta necesidad de diligencia?, ¿piensan en ello?, ¿realmente contrastan, al menos, la información?

El propio tribunal considera que su concreción *“no es una cuestión fácil”*³⁷⁴. De hecho, no termina de perfilarlo, limitándose a señalar cuándo el informador ha cumplido con el requisito de la veracidad. Para ello, afirma, que se deben tener en cuenta *“diversos criterios: en primer lugar (...) el nivel de diligencia exigible “adquirirá*

³⁷¹ STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero, FJ 5.

³⁷² *Ibidem*, FJ 6.

³⁷³ DEL HIERRO, J.L., *obra cit.*, p. 48.

³⁷⁴ *Ibidem*, FJ 6.

su máxima intensidad, 'cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (...) De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (...). Junto a estos criterios deberá valorarse también el de la 'trascendencia de la información'; criterio, no obstante, cuya aplicación puede deparar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado en su contraste (...) este mismo motivo apunta también, 'a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia'""³⁷⁵.

Por tanto, veracidad: a) no significa que la noticia tenga que ser verdadera, basta con una veracidad subjetiva; b) dicha veracidad no objetiva o real implica, a su vez, que el periodista ejercite su libertad de información con la diligencia de un buen profesional y c) diligencia significa actuar en la búsqueda de la información acudiendo a las fuentes, no basándose en meras suposiciones o rumores; sin menosprecio de la verdad. Como consecuencia de lo expuesto, es evidente que el término *veraz/veracidad* es parte importante en la conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información.

³⁷⁵ *Ídem.*

PARTE CUARTA

**PROTECCIÓN DE DATOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN
EN LA ERA DIGITAL**

I. Las TIC y la sociedad de la información

En el s. XX, ya creado el derecho a la protección de datos, nos encontramos con una etapa de verdadera revolución tecnológica, con la evolución de los ordenadores y la creación e inicio de la expansión de internet. Esta fase influyó necesariamente en la creación jurisprudencial de un derecho muy ligado a estos cambios, el derecho a la protección de datos³⁷⁶, y con ello el surgimiento de las primeras normas que protegían su tratamiento.

Es en este contexto de finales del s. XX y los inicios del s. XXI³⁷⁷ donde podemos considerar que se sitúa el *dies a quo* jurídico de una nueva fase de digitalización de la sociedad³⁷⁸, de auténtica revolución tecnológica, donde “lo digital” lo impregna todo. Un periodo en el que tienen lugar grandes avances tecnológicos —principalmente, la expansión de internet y su uso más generalizado por la ciudadanía—, que producen tanto cambios en la sociedad, como nuevas formas de comunicar e informar y que, en resumidas cuentas, suponen un marcado redimensionamiento de los derechos de la persona. Surgen de este modo nuevos caminos para informarnos, muy alejados de los habituales hasta

³⁷⁶ En las SSTC, del pleno, la 290/2000 y la 292/2000, de 30 de noviembre. Disponible en:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es>. (Consulta:10/03/24).

³⁷⁷ Vid. CASTRO BONILLA, A., “La sociedad de la información”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 100, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2003, p. 3, cuando afirma que “Resulta paradójico hablar de *nuevas tecnologías* a principios del siglo XXI, pues se trata de tecnologías generadas en la segunda mitad del siglo pasado”. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17384>. (Consulta: 20/03/24).

³⁷⁸ También es un *dies a quo* del inicio del fenómeno de la globalización como dijimos que fija, por ejemplo, Seijas Villadangos. Vid. SEIJAS VILLADANGOS, E., “El pulso del populismo global a la constitución. Pinceladas de un escenario distópico”, en TUR AUSINA, R. (Dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022, p. 91.

entonces, y que dan lugar, en particular, a las grandes tensiones entre la libertad de información y la protección de datos.

En esta época surge “con fuerza”³⁷⁹ el término sociedad de la información. Aunque la expresión “comenzó a utilizarse durante la década de los años sesenta”³⁸⁰, “reaparece con fuerza en los años 90, en el contexto del desarrollo de Internet y de las TIC”³⁸¹. Por tanto, es un término que adquiere su máxima expresión en esta etapa de verdadera revolución tecnológica (uso generalizado de internet, big data, IA...) y asociado al “empleo de las nuevas tecnologías de información y comunicación”³⁸² por los periodistas y por la ciudadanía. La digitalización de la sociedad conlleva un cambio en “el ámbito de acción del derecho (...). El reto, por tanto, es ajustar la doctrina jurídica a esa nueva sociedad de la información”³⁸³.

Aunque el concepto de sociedad de la información es ampliamente aceptado, uniendo las nuevas tecnologías con la información³⁸⁴, no obstante hay destacados autores que no lo comparten;

³⁷⁹ TORRES DEL CASTILLO, R.M., “Sociedad de la información / sociedad del conocimiento”, ub.edu, septiembre 2005. Disponible en: <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsiberprome/socinfocon.pdf>. (Consulta: 10/03/24).

³⁸⁰ ESTUDILLO GARCÍA, J., “Surgimiento de la sociedad de la información”, *Biblioteca universitaria*, Vol. 4, n.º 2, UNA de México, México, 2001, p. 1. Disponible en:

<https://www.redalyc.org/pdf/285/28540203.pdf>. (10/03/24).

³⁸¹ TORRES DEL CASTILLO, R.M., *obra cit.*

³⁸² ESTUDILLO GARCÍA, J., *obra cit.*, p. 1.

³⁸³ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 145.

³⁸⁴ En este mismo sentido, *vid.* la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, que partiendo de “*la implantación de Internet y las nuevas tecnologías*”, hace referencia a toda la información que se obtiene a través de internet, y por ello considera establecer “*un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio*”³⁸⁴. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>. (Consulta: 19/03/24).

Y *vid.* LOPD 15/1999, Preámbulo, que también se refería a la sociedad de la información cuando afirma que “*La presente Ley tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y*

entre otros, el sociólogo Castells Oliván que prefiere la utilización de sociedad del conocimiento. Para este autor, la sociedad del conocimiento es “una sociedad en la que las condiciones de generación de conocimiento y procesamiento de información han sido sustancialmente alteradas por una revolución tecnológica centrada en (...) las tecnologías de la información”³⁸⁵. En todo caso, sociedad de la información y sociedad del conocimiento son términos que se suelen utilizar indistintamente y que, en la actualidad, asocian la información y el conocimiento con las nuevas tecnologías para informar y comunicar. No obstante, podríamos añadir algún matiz, pues no siempre que hay información hay conocimiento. De hecho, podemos encontrarnos ciertos riesgos derivados de la digitalización de la sociedad cuando la información se convierte en desinformación, por lo que, entonces, es difícil que podamos sostener que hay propiamente una sociedad del conocimiento.

En esta sociedad —de la información o del conocimiento— es indudable que, como afirma Castro Bonilla, “los intereses jurídicos y sociales siguen siendo los mismos: proteger los derechos del individuo y los derechos sociales (...) Sin embargo, el ámbito de aplicación de los derechos que hemos conocido ha variado (...)”³⁸⁶ y “exigen la conformación de un nuevo planteamiento legal (...) a partir del

del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior”.

³⁸⁵ CASTELLS OLIVÁN, M., "La dimensión cultural de Internet", *Institut de cultura: debates culturals*, UOC, 2002. Disponible en: <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>. (Consulta: 20/03/24).

³⁸⁶ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 145.

crecimiento y consolidación de la denominada Sociedad de la Información”³⁸⁷.

Estamos de acuerdo con esta afirmación, toda vez que es necesario un nuevo marco legal que resuelva los problemas que surgen en una sociedad que usa las nuevas tecnologías como medio para informarse y comunicarse, y ante la proliferación, como no podría ser de otro modo, de medios de comunicación digitales y la necesidad, por tanto, de obtención rápida de datos para la elaboración de noticias. En este mismo sentido, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, afirma en su exposición de motivos que *“la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio”*³⁸⁸.

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) que se desarrollan en esta etapa, son usadas masivamente por la sociedad y, como no podría ser de otro modo, por los medios de comunicación, por los periodistas, aumentando la tensión entre el derecho a la información y el derecho a la protección de datos. Y el problema se acrecienta cuando la ciudadanía se convierte también masivamente en periodista a través de las redes sociales.

Hemos de destacar que “en el plano de los derechos (...), las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han introducido amenazas que obligan a la ampliación de la protección de los derechos del ser humano. La interacción entre la comunicación y la

³⁸⁷ *Ídem.*

³⁸⁸ Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758&tn=1&p=20020712>.
(Consulta: 20/03/24).

telemática en esta nueva era ha posibilitado un mundo de información en tiempo real, de transmisión masiva y asimilación simultánea de esa información”³⁸⁹. Nos encontramos con nuevas tecnologías que digitalizan datos, los almacenan y los tratan; y que nos plantean numerosos problemas y dudas, destacando entre todos ellos, desde nuestro punto de vista: a) el de qué criterios/patrones se utilizan en los algoritmos de los motores de búsqueda; b) la utilización, cada vez mayor, de las TIC por los periodistas para obtener información con la que elaborar sus noticias; c) lo que nos conduce al problema del concepto de veracidad (objetiva y subjetiva): si los que aparecen en las listas de resultados de los motores de búsqueda son verdaderos, ciertos objetivamente; y, por otro lado, si se contrastan o no diligentemente por los periodistas (veracidad subjetiva), para la elaboración rápida de noticias que son ávidamente consumidas por la ciudadanía; o incluso si lo digital ha hecho emerger un nuevo concepto, por la vía de los hechos, de veracidad.

Las TIC y la propia digitalización de la sociedad propagan de manera inusitada las informaciones periodísticas, “*dada su capacidad para conservar y difundir gran cantidad de datos e informaciones*”³⁹⁰. Al mismo tiempo, “esta dinámica ha generado cambios en el plano jurídico, social y político que exigen respuestas universales y no aisladas. Efectivamente, la convergencia de tecnologías ha introducido medios de comunicación inéditos cuya implementación pone en jaque la aplicación de la legislación que antes era utilizada para el mundo analógico”³⁹¹.

³⁸⁹ Vid. CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 146.

³⁹⁰ Vid. STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero, FJ 3.

³⁹¹ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 146.

Nos encontramos, por tanto, con que las TIC nos conducen a la necesidad de encontrar una respuesta jurídica a los problemas que se sin ningún género de duda, a la necesidad de encontrar una respuesta jurídica a los problemas que se generan: como la pérdida de privacidad consciente (con aportación masiva de datos a través de redes sociales) e inconsciente (a través de aceptación de cookies en el uso cotidiano de internet, el IoT, ...); la creación de una identidad digital, que puede coincidir o no con la real; o si existe un verdadero olvido digital.

Necesitamos una respuesta jurídica distinta a la del mundo analógico para la resolución de los problemas que nos plantea la sociedad digital, sobre todo cuando confluye con la libertad de información. Y ello porque quien ejerce el periodismo utiliza, como principal herramienta en su trabajo, estas nuevas tecnologías, toda vez que un rasgo fundamental de esta sociedad de la información, es “incorporar el mecanismo de digitalización de la información”³⁹². No obstante, esa respuesta jurídica concreta no tiene como finalidad imponer límites a las TIC, sino más bien garantizar los derechos de la ciudadanía ante los retos tecnológicos planteados³⁹³.

Entre las TIC que mayor influencia tienen en este campo, donde confluyen estos dos derechos fundamentales examinados, hemos de destacar, en primer lugar, internet, por “ofrecer información a gran escala, permitir su intercambio (...)”³⁹⁴. No obstante, conforme avanza el s. XXI, se van desarrollando nuevas tecnologías como los

³⁹² CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 156.

³⁹³ En el sentido expuesto, y que compartimos, por CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 147, cuando afirma que “la nueva sociedad de la información podría estar en la actualidad exigiéndole al Estado una adecuación jurídica de sus actuaciones no para impedir o controlar sino para garantizar el acceso al conocimiento por medio de las facilidades que brindan las nuevas tecnologías”, y que “No puede imponérsele al usuario una limitación al acceso a la sociedad de la información (...)”.

³⁹⁴ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 151.

teléfonos inteligentes, en la primera década de este siglo, “que contribuyen de manera sustancial a los macrodatos y, por tanto, al aprendizaje de las máquinas”³⁹⁵. Y es en este punto en el que hemos de destacar otras dos TIC que influyen decisivamente en nuestros derechos en juego, como son el big data y la IA.

El big data porque “la sociedad genera constantemente datos y la mayoría son almacenados digitalmente; son información (...). Es lo que se ha denominado los grandes datos o Big-data”³⁹⁶. “Los datos generados (...) son ya el segmento más grande de toda la información disponible por la humanidad. Estos datos son almacenados en sistemas informáticos que pueden manejar estos grandes volúmenes de información, capaces de analizar y generar conocimiento”³⁹⁷. Se produce con ello “un problema muy importante en el tratamiento y almacenamiento de los Big-data: la privacidad y el control de la información”³⁹⁸. Por tanto, un problema entre la protección de datos y la actividad periodística.

Es evidente que la utilización/tratamiento de esta cantidad ingente de datos existente, por la digitalización de la información y el volcado que los particulares realizamos a la red, supone un cambio drástico en el ejercicio de la actividad periodística y con ello en su

³⁹⁵ BRYSON, J., “La última década y el futuro del impacto de la IA en la sociedad”, *¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente*, BBVA, Madrid, 2019. Disponible en:

<https://www.bbvaopenmind.com/articulos/la-ultima-decada-y-el-futuro-del-impacto-de-la-ia-en-la-sociedad/>. (Consulta: 20/03/24).

³⁹⁶ MONLEÓN-GETINO, A., “El impacto del Big-data en la Sociedad de la Información. Significado y utilidad”, *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, n.º 2, Universidad Complutense, Madrid, 2015, p. 443. Disponible en:

<https://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/51392/47672>.(Consulta: 20/03/24). *Vid.* p. 443 cuando continúa afirmando que “Cada día se registran 2,5 QB de datos, tanto que el 90% de los datos en todo el mundo se ha generado tan solo en los últimos dos años”.

³⁹⁷ MONLEÓN-GETINO, A., *obra cit.*, p. 443.

³⁹⁸ *Ídem*.

relación con la protección de datos. En este sentido, García Avilés afirma que “se debe incrementar la protección de la privacidad (...) y detectar los riesgos de manipulación del algoritmo”³⁹⁹. Y continúa señalando que “conviene profundizar en el uso ético de la IA y la divulgación de los datos, es decir, cómo se recopila, almacena, analiza y comparte la información sobre los usuarios”⁴⁰⁰. En esta realidad expuesta, hemos de examinar tres de las TIC que más influencia tienen en esta relación entre libertad de información y el derecho fundamental a la protección de datos: internet, big data e IA.

1. Internet: rasgos generales, IoT y redes sociales

Como hemos puesto de manifiesto, a finales del s. XX y principios del s. XXI comienza la verdadera revolución tecnológica con la expansión del acceso a internet por una gran parte de la ciudadanía⁴⁰¹, aunque sin olvidar el grave problema de la brecha digital⁴⁰². Así, se

³⁹⁹ GARCÍA AVILÉS, J.A., “El impacto de la inteligencia artificial en el periodismo”, *Blog UMH*, UMH, 2019. Disponible en: <https://mip.umh.es/blog/2019/11/02/el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-periodismo/>. (Consulta: 20/03/24).

⁴⁰⁰ GARCÍA AVILÉS, J.A., *obra cit.*

⁴⁰¹ *Vid.* SALA LEDESMA, E., “Derecho al olvido. Reseñas de jurisprudencia, Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 308-313, cuando afirma que “No obstante, la verdadera revolución tiene lugar bien entrado el siglo XXI, toda vez que en los comienzos de internet, así como de la Directiva 95/46/CE, “internet era un fenómeno novedoso y el legislador comunitario no previó su evolución hacia lo que es hoy en día, un almacén de información global a la que se accede, o se busca, en todo el mundo (Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen en el Asunto C-131/12, punto 27)”. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129069/Sentencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_la.pdf;jsessionid=A02B36372ADB20A7B5A65F70FCBC9768?sequence=1. (Consulta: 20/03/24).

⁴⁰² *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍN, M.R et al., “Educación, pandemia y brechas digitales: lecciones de un momento histórico”, *Revista Participación Educativa*, Consejo Escolar del Estado, Madrid, 2020, p. 4, cuando afirma que “La noción de brecha digital no tiene (...) un significado unívoco ni es teóricamente neutra”, y que “la noción de brecha digital (...) afecta al ejercicio completo de una ciudadanía activa y viene determinada,

produce, por un lado, una revolución social que hace necesaria su regulación legal; y, por otro lado, se constata que la brecha digital es cada vez mayor.

Lo cierto es que la globalización, la expansión de internet, junto a otras tecnologías que fueron desarrollándose entrado el s. XXI, conducen a una sociedad (y al ejercicio de la actividad periodística), que no puede entenderse sin vincularla al acceso/aportación de cantidades ingentes de datos. En este contexto, no se puede concebir la actividad periodística sin unirla a internet; todo un mundo lleno de datos que quien ejerce actividades periodísticas puede usar (y usa) para ejercer su derecho a la libertad de información.

El número de datos a utilizar, como base de cualquier información, es cada vez más abundante; en parte por la interconexión digital de dispositivos, el llamado internet de las cosas (IoT), que permite volcar a la red multitud de datos. Rodríguez-Gómez afirma que “el término ‘Internet de las cosas’ se acuñó a finales de la década de los noventa del s. XX. Y se atribuye al británico Kevin Ashton, quien durante su trabajo en Procter & Gamble, planteó que los objetos de la vida cotidiana deberían ser capaces de introducir información a la web sin ayuda de las personas”⁴⁰³. “Dicha innovación tecnológica hace referencia a sistemas informáticos que están presentes en todo: la ropa, las casas, los vehículos, los lugares de trabajo, los accesorios de

en primer lugar, por las condiciones técnicas y económicas. No acceder cotidiana y eficazmente a internet no es un problema esencialmente educativo, sino económico, tecnológico y social”. Disponible en:

<https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:74ddea51-924a-4d9c-b96b-cac342bd2578/pe-n11-art04-universidad-complutense.pdf>. (Consulta: 20/03/24).

⁴⁰³ Vid. RODRÍGUEZ-GÓMEZ, R., “Internet de las cosas: Futuro y desafío para la epidemiología y la salud pública”, *Universidad y salud*, vol. 1, n.º 3, Universidad de Nariño, Colombia, 2019, p. 254. Disponible en:

<https://revistas.udenar.edu.co/index.php/usalud/article/view/3628/5396>.(Consulta 19/03/24).

uso cotidiano e incluso en las partes del cuerpo humano. Este concepto denominado como internet de las cosas, abrió una nueva senda”⁴⁰⁴. Y es que no se trata simplemente de que las cosas se relacionen entre sí, sino que “es un concepto análogo a lo que representa Internet (...). Es, en otras palabras, interacción digital llevada a otro nivel, uno donde la relación meramente instrumental con la tecnología pasa a convertirse en una sinergia que hace al mundo mucho más *inteligente*”⁴⁰⁵

Y estamos en el comienzo del IoT, toda vez que “en la actualidad se calcula que todo individuo está rodeado por cerca de 1.000 a 5.000 objetos, donde menos del 1% de estos se encuentran conectados a Internet”⁴⁰⁶; lo que implica que “(...) en un futuro cercano más *cosas* que seres humanos estarán conectados a Internet”⁴⁰⁷. Estamos, pues, de acuerdo en que “el nuevo escenario que se vislumbra con *Internet de las cosas* recalca que el mundo avanza a mayor velocidad de lo que se cree”⁴⁰⁸. Realmente el IoT plantea un problema de seguridad y privacidad, toda vez que estamos hablando de volcar, casi de manera inconsciente, millones de datos a la red.

Pero junto a los datos que nos ofrece internet (y el IoT), se unen los que aporta la propia ciudadanía a internet a través, principalmente, de las redes sociales⁴⁰⁹. Como muchos otros conceptos relativos a la

⁴⁰⁴ *Ídem*.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 254-255.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 255.

⁴⁰⁷ *Ídem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 259. *Vid.* cuando afirma que “Hoy en día, las dinámicas son mucho más intensas y complejas, de hecho, en la historia de la humanidad, nunca antes el presente y el futuro habían estado tan cerca uno del otro, casi que sobrepuestos en la línea del tiempo”.

⁴⁰⁹ *Vid.* STC, pleno, 8/2022, de 27 de septiembre, FJ 3, cuando afirma que “*Las redes sociales actúan sobre los ejes de la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la dificultad de establecer filtros a priori en esa difusión, y la potencialmente amplia – y difícilmente controlable– transmisión de sus contenidos. Ello supone una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales*”.

informática o de carácter jurídico, no existe unanimidad sobre el concepto de redes sociales. La gran mayoría de autores coinciden en que una red social es “un sitio en la red cuya finalidad es permitir a los usuarios relacionarse, comunicarse, compartir contenido y crear comunidades”⁴¹⁰.

El antiguo INTECO (actual INDIBE), definió las redes sociales, en el año 2009, como “los servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”⁴¹¹.

Pero un ámbito clave de las redes sociales, en su relación con la libertad de información, es el considerarlas como “una herramienta de “democratización de la información que transforma a las personas en receptores y en productores de contenidos”⁴¹². La participación ciudadana, a través de las redes sociales, influye en el periodismo digital, toda vez que el internauta ya no es sólo “*un sujeto pasivo receptor de información*”⁴¹³, sino también “*un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información*”⁴¹⁴. Incluso los convierte en periodistas, toda vez que quienes ejercen profesionalmente el periodismo comienzan a utilizar esos datos /información, incluso noticias, que

para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información”.

⁴¹⁰ URUEÑA, A. et al., *Las redes sociales en internet*, ONTSI, Madrid, 2011, p. 12. Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/redes_sociales-documento_0.pdf.(Consulta: 18/03/24).

⁴¹¹ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*, INTECO, Madrid, 2009.

⁴¹² URUEÑA, A. et al., *obra cit.*, p. 12.

⁴¹³ STC, sala 2ª, 27/2020, de 24 de febrero, FJ 3.

⁴¹⁴ *Ídem*.

suministra el periodismo ciudadano para elaborar las suyas propias, fuera de los medios tradicionales de la anterior etapa. Y así acuden tanto a los datos/información que ofrece internet a través de los motores de búsqueda, como a los que la ciudadanía aporta a la red, a través de las distintas redes sociales⁴¹⁵.

Las redes sociales plantean diversos problemas, pero el primero de ellos es que la ciudadanía debe ser consciente de la responsabilidad en la que pueden incurrir con la aportación de determinados datos. Y, sobre todo, con la aportación de informaciones de terceros. Toda vez que una combinación concreta de datos en la información, una manera concreta de “articularlos”, combinarlos, encajarlos... puede mostrar una identidad u otra de una misma persona. Y ello, puede conllevar responsabilidades, tanto penales como civiles si desconocen y no aplican la legislación en materia de protección de datos. En este sentido, la AEPD, informa que *“la difusión de datos sensibles de una persona física (...) tales como imágenes, audios o vídeos que permitan identificarla), publicados en (...) internet sin consentimiento se considera una infracción de la normativa de protección de datos personales”*⁴¹⁶. Del mismo modo, pueden caer en responsabilidad penal cuando difunden o

⁴¹⁵ Esto nos llevaría al estudio del reportaje neutral, posible futura línea de investigación. Sobre él se ha pronunciado reiteradamente el TC. Entre otras, en STC, sala 1ª, 54/2004, de 15 de abril, FJ 7, cuando afirma que reportaje neutral es aquél en el que *“el medio informativo ha de ser mero transmisor de (...) declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (...). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (...) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (...), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido”*.

⁴¹⁶ Disponible en:

<https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/15-redes-sociales-difusion-ilegitima-contenidos-sensibles/FAQ-1507-en-que-responsabilidades-puede-incurrir-quien-difunda-ilegitimamente-contenidos-sensibles-de-terceros#:~:text=Responsabilidad%20en%20materia%20de%20protecci%C3%B3n,normativa%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20datos.> (Consulta: 20/03/24).

ceden “a terceros de imágenes o vídeos sin consentimiento, que menoscaben la intimidad de una persona física”⁴¹⁷.

Pero en la utilización, por quienes ejercen la libertad de información, de esos datos aportados por terceros a la red, hay que tener presente que “una información inicialmente amateur se convierte en una pieza profesional”⁴¹⁸. Entonces se plantean otros problemas como ver cuál es la diligencia que despliega el profesional del periodismo (o el ciudadano) para cumplir con el requisito de la veracidad al usar dichos datos; y si esa veracidad coincide con la identidad del titular del artículo periodístico.

Por tanto, las nuevas tecnologías como internet y, dentro de ella, las redes sociales, ofrecen numerosas ventajas. No obstante, también generan los problemas expuestos en torno a la privacidad, la veracidad de los datos y la identidad. Esta aportación masiva de datos por la ciudadanía (de información personal en las redes, de generación de un perfil público), puede generar, usada por terceros (periodistas o particulares que replican noticias, las construyen y hacen periodismo), una identidad ajena a lo que consideramos que somos, o a lo que los demás piensan que somos, o a la identidad que queremos que los demás vean.

En todo caso, es evidente que existe un riesgo de privacidad. En este sentido, la AEPD en diversos informes afirma que “*Internet y las redes sociales han experimentado un avance sin precedentes en los últimos años. La facilidad de uso y de difusión expone a los ciudadanos*

⁴¹⁷ *Ídem*.

⁴¹⁸ LLOP, P., “Periodismo ciudadano: España”, *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación*, Ariel, Madrid, 2011, p. 109. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21633/periodismo_ciudadano_2011.pdf. (Consulta 10/03/24).

*(...) a múltiples riesgos que afectan a su privacidad y derechos (...)*⁴¹⁹. No obstante, el TC —en una sentencia sobre libertad de información versus derechos del art. 18 CE—, confirma la pérdida de privacidad de los internautas por la información que aportan a las redes sociales, pero afirma que *“salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada”*⁴²⁰ y que, a su vez, *“el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa (...) que lo privado se haya tornado público, (...) ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE”*⁴²¹.

La AEPD y el TC confirman, como venimos señalando, que las redes sociales afectan a la privacidad de la ciudadanía. Nos parece relevante la idea de que la aportación de datos privados a estas redes no los convierten en públicos y seguimos estando protegidos por todos los derechos del art. 18 CE. No obstante, es evidente la mayor confrontación entre protección de datos y libertad de información en el mundo digital.

2. Motores de búsqueda: rasgos generales

En la utilización de internet juega un papel principal, sobre todo en el ámbito de la obtención de información, los motores de búsqueda⁴²². Los mismos almacenan cantidades ingentes de información, la

⁴¹⁹ GABINETE JURÍDICO DE LA AEPD, *Informe N/REF: 002540/2019*, AEPD, Madrid, 2019. Disponible en:

<https://www.aepd.es/es/documento/2019-0008.pdf>. (Consulta: 18/03/24).

⁴²⁰ STC, sala 2ª, 27/2020, de 24 de febrero, FJ 3.

⁴²¹ *Ídem*.

⁴²² Existen multitud de motores de búsqueda; y uno de los más utilizados en el mundo y, por supuesto también en España, es Google. Motor de búsqueda respecto del que se dictó una sentencia pionera en materia de protección de datos. STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google.

relacionan mediante patrones (algoritmos) y facilitan el acceso rápido e intuitivo a la misma; en un principio, quizá chocando frontalmente con datos que afectan a nuestra *privacidad* o que aportan una información sobre cada uno de nosotros que, en ocasiones, podría estar alejada de nuestra identidad.

Por tanto, los motores de búsqueda plantean, a nuestro entender, grandes problemas respecto a la protección de datos y la libertad de información. Uno de ellos es el relativo al desconocimiento de los criterios y patrones que se utilizan en los algoritmos para la elección de la información que ofrecen. Información que también usan, lógicamente, quienes ejercen el periodismo y que nos lleva a preguntarnos cómo elaboran la noticia; cómo utilizan los datos de los motores de búsqueda; o cómo consiguen que el algoritmo del motor de búsqueda los sitúe en la parte alta del buscador para ser leídos por un mayor número de internautas. Y al respecto surgen otros problemas importantes, como el de mostrar una visión general de nuestra identidad, de quiénes somos cuando la búsqueda se realiza por el nombre, así como como el problema, incluso, de si esa información o lista de enlaces a noticias es veraz o no.

Por tanto, nos encontramos con que los motores de búsqueda son una herramienta fundamental en la actividad periodística actual, porque permite a quienes ejercen la libertad de información una rápida elaboración de noticias. El problema que se plantea es que la información es extraída de motores de búsqueda que cuentan con complicados algoritmos para su elaboración. Lógicamente, a simple vista parece que podrían afectar a la veracidad en el sentido que nos exige el TC.

En efecto, los motores de búsqueda utilizan algoritmos que son procedimientos “que definen un conjunto de instrucciones que deben llevarse a cabo en un orden específico con el fin de obtener el resultado deseado”⁴²³. Así, respecto al algoritmo del buscador más utilizado en España, Google⁴²⁴, utiliza diferentes pasos para “proporcionar a cada búsqueda, la respuesta más adecuada”⁴²⁵; respuesta adecuada conforme a criterios empresariales y, por ello, puede afectar tanto a la veracidad como a nuestra identidad. Desconocemos qué criterios utilizan para obtener listas de resultados en búsquedas realizadas por el nombre de una persona. ¿Qué datos se han utilizado para la obtención de esos resultados? ¿o si los resultados responden a nuestra identidad?

En todo caso, en un intento de aproximación, debemos destacar dos pasos en los motores de búsqueda son:

a) El *crawleo*⁴²⁶: que es “el recorrido que realiza un *crawler* (que sería un *bot*) para leer y analizar el código y el contenido de una web. (...). Google lo hace a través de su *crawler*, denominado

⁴²³ HOTMART, “Cambio en el algoritmo de Google: ¿qué es y cómo seguirlo?”, *Blog Hotmart*, Hotmart, 2022. Disponible en:

<https://hotmart.com/es/blog/algoritmo-de-google>. (Consulta: 20/03/24).

⁴²⁴ Vid. GONZALO PENELA, C., “El sesgo ideológico de los resultados de Google”, *Blog comunicación social*, GeneratePress, 2016, cuando afirma que “En España Google ejerce casi de buscador único ya que cuenta con un 95,72% de la cuota de mercado”. Disponible en:

<https://www.carlosgonzalo.es/el-sesgo-ideologico-de-los-resultados-de-google/>.

(Consulta: 20/03/24).

⁴²⁵ GORRAIZ DE LA MATA, R., “Cómo funciona el algoritmo de Google: conoce las pistas para posicionar mejor”, *Blog de SEO*, agencia SEO, Madrid, 2020. Disponible en:

<https://agenciaseo.eu/como-funciona-el-algoritmo-de-google/>. (Consulta: 20/03/24).

⁴²⁶ Vid. GORRAIZ DE LA MATA, R., *obra cit.*, cuando afirma que “Básicamente, con el *crawleo*, Google logra dos cosas: 1. Encontrar todas las páginas web que pueden dar respuesta a la intención de búsqueda concreta. 2. Medir la calidad y la usabilidad de cada sitio web. Una vez hecho esto, es posible avanzar hacia el siguiente paso” que es la indexación.

GoogleBot, que es el responsable de realizar los rastreos de webs para analizarlas”⁴²⁷.

b) La indexación: es decir, primero el motor de búsqueda estudia y analiza cada página web y, posteriormente, realiza “una clasificación de resultados”⁴²⁸. Por tanto, el problema sigue siendo qué patrones o sesgos utiliza Google (u otros buscadores) en sus algoritmos para realizar la indexación. La realidad es que utilizan muchos algoritmos y en cada uno de ellos patrones distintos⁴²⁹.

No obstante, el tema del sesgo o discriminación algorítmica, consideramos que plantea mayores problemas en los sistemas de IA⁴³⁰. Aunque “cualquier uso de sistemas de IA habitualmente genera errores y sesgos, y que en algunos casos éstos pueden tener impactos relevantes”⁴³¹, el mayor problema del sesgo es “*en la interpretación de los resultados de la IA. Este sesgo humano consiste en aceptar, sin espíritu crítico, los resultados de una IA como ciertos e inamovibles, asumiendo un “principio de autoridad” derivado de las expectativas creadas por dichos sistemas*”⁴³². Estos problemas son menores en los

⁴²⁷ TORREBLANCA, F., “Qué es el crawling y su importancia en SEO”, Marketing y comunicación, ESIC, 2021. Disponible en:

<https://www.esic.edu/rethink/marketing-y-comunicacion/crawling-seo>. (Consulta: 20/03/24).

⁴²⁸ GORRAIZ DE LA MATA, R., *obra cit.*

⁴²⁹ Al respecto *vid.* GORRAIZ DE LA MATA, *obra cit.*

⁴³⁰ El problema del sesgo no es sólo “*particular de los sistemas de IA, sino que es general a cualquier proceso de toma de decisión, ya sea humano o automático*”. Disponible en:

<https://www.aepd.es/guias-y-herramientas/guias?f0%5B0%5D=conceptos%3A1513>. (Consulta: 10/01/24).

⁴³¹ COTINO HUESO, L., “Sesgos y discriminación algorítmica ¿de qué hablamos? Y algunos ejemplos”, en GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 262.

⁴³² Disponible en:

<https://www.aepd.es/guias-y-herramientas/guias?f0%5B0%5D=conceptos%3A1513>. (Consulta: 10/01/24).

motores de búsqueda, toda vez que en ellos los algoritmos se centran en cuestiones más bien económicas, para posicionar páginas web.

3. Big Data

3.1. Conceptualización

En un intento de aproximarnos al nacimiento de este revolucionario concepto, que influye en el tratamiento de datos por quienes ejercen la libertad de información, “hay quienes hablan de los años 80 como del inicio del big data, cuando los procesadores y la memoria computacional hicieron posible analizar más información. Sin embargo, el fenómeno del big data no deja de ser el último paso de la humanidad en un camino ancestral: el deseo de comprender y cuantificar el mundo”⁴³³. Es bien avanzado el s. XXI, con la globalización del fenómeno de internet, cuando aparece en escena el big data, que supone la comprensión, el dotar de sentido a la ingente cantidad de material que existe en la red⁴³⁴.

En su conceptualización, para la RAE el big data es “*El conjunto de técnicas que permiten analizar, procesar y gestionar conjuntos de datos extremadamente grandes que pueden ser analizados informáticamente para revelar patrones, tendencias y asociaciones,*

⁴³³ GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016, p. 15. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>. (Consulta: 9/03/24).

⁴³⁴ *Vid. ibidem* p. 13, cuando pone de manifiesto la interrelación, evidente, entre internet y el big data: “*Si hace tan solo unos años se hablaba de la revolución que ha provocado internet, hoy en día nos encontramos ante un nuevo fenómeno, una tendencia tecnológica menos visible pero con igual poder de transformación, el big data. Si bien es cierto que son realidades diferentes, también lo es que internet facilita mucho la recogida y la transferencia de datos sobre la que se basa el big data*”.

especialmente en relación con la conducta humana y las interacciones de los usuarios”⁴³⁵.

No es una tecnología o técnica concreta, “sino más bien un planteamiento de trabajo para la obtención de valor y de beneficios como consecuencia del tratamiento de los grandes volúmenes de datos que se están generando día a día”⁴³⁶. En todo caso, no podemos obviar “la relación del Big Data con otras tecnologías”⁴³⁷ examinadas, resultando difícil dar una definición que lo explique con exactitud. No obstante, Ortega Giménez, después de analizar los diferentes elementos que lo conforman, lo define como “el análisis de macrodatos de calidades variadas derivados de diversas fuentes que fluctúan a gran velocidad mediante los sistemas informáticos adecuados, con el objetivo de obtener un valor añadido en los productos ofrecidos”⁴³⁸.

El big data ostenta un papel protagonista en el derecho fundamental a la protección de datos y la libertad de información. Su influencia deriva de la necesidad de que el derecho fundamental, instrumento jurídico de tutela de la persona, tenga que reconsiderar sus contornos y la forma de tutelar al ser humano, ante este nuevo reto.

El big data supone la interrelación de importantes elementos. Por un lado, los datos/información, cantidades ingentes de datos que aportan mucha información y que usan los periodistas y, por otro, la tecnología/identidad, toda vez que existen unas avanzadas técnicas para procesar los datos, analizarlos y mostrarlos, que realizan patrones de

⁴³⁵ Disponible en:

<https://dpej.rae.es/lema/big-data>. (Consulta: 9/03/24).

⁴³⁶ GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016, p. 13. Disponible en:

<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>. (Consulta: 9/03/24).

⁴³⁷ ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos. Una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Fundación Mapfre, Madrid, 2019, p. 27.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 30.

conducta de los usuarios de la tecnología⁴³⁹ y, como consecuencia, se adentran en nuestra identidad o, más bien, en la identidad que ellos mismos crean.

Los programas de big data, en términos generales, no suponen una amenaza. Antes al contrario, en determinados campos, como por ejemplo la salud, supondrán un salto cualitativo para los avances científicos al poder gestionar cantidades ingentes de información/datos y lograr soluciones a graves problemas planteados; y permitirán, por ejemplo, descubrir fármacos para tratamiento de enfermedades o sistemas para la detección precoz de enfermedades que ahora no es posible. No obstante, en materia de protección de derechos fundamentales, protección de datos entre otros, necesitamos una regulación avanzada que incida en el tema de los algoritmos para evitar problemas de identidad digital y que ahora la encontramos, sólo en parte como examinaremos, con el Reglamento IA⁴⁴⁰.

Para poder luchar con el problema de los patrones que efectúan los programas de big data, la doctrina mayoritaria considera suficiente la anonimización y disociación para cumplir con lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos. Entre ellos, Ortega Giménez afirma que con los citados procedimientos “la privacidad de los individuos queda protegida”⁴⁴¹. Y que “junto con la anonimización, nuestra norma trata, además, de lo que denomina el proceso de disociación, que permite crear datos pseudónimos, una categoría de

⁴³⁹ *Vid. ídem*, cuando afirma que “La idea principal es que a partir del tratamiento de cantidades masivas de información, algo hasta ahora imposible, podamos comprender cosas antes desconocidas cuando solo analizábamos cantidades pequeñas de información, y permite descubrir o inferir hechos y tendencias ocultos en las bases de datos”.

⁴⁴⁰ Aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024.

⁴⁴¹ ORTEGA GIMÉNEZ, A., *obra cit.*, pp. 47, 48 y 109.

datos que, sin ser anónimos, tienen más garantías para la privacidad que los datos puramente personales”⁴⁴².

Aunque en un principio estas técnicas expuestas parecerían suficientes para la protección de datos frente a su uso por quien ejerce la libertad de información, lo cierto es que son insuficientes, toda vez que surge un nuevo problema que es el de la huella digital. “Se han encontrado huellas personales en datos que hasta entonces no habían sido considerados de identificación personal. Es decir, a pesar de que en una base de datos no aparezcan nombres, se aprecian patrones. Y con estos patrones, una persona con suficientes conocimientos analíticos puede obtener nombres”⁴⁴³.

A la ciudadanía se le plantea un grave problema frente al uso que de sus datos puedan realizar quienes ejerzan la libertad de información con el big data, toda vez que esa huella digital permite la reidentificación. “El *big data*, al incrementar la cantidad y diversidad de la información, facilita la reidentificación de individuos, incluso después de haber sido anonimizados”⁴⁴⁴.

3.2. El tratamiento de datos con la IA

Aunque resulte paradójico, el origen de la IA se remonta a la primera mitad del s. XX. En particular, a “los años 40, cuando Allan Turing y Grey Walter crearon las primeras máquinas inteligentes que, una década después, hicieron la transición entre el sistema decimal y la

⁴⁴² *Ídem*.

⁴⁴³ *Ídem*.

⁴⁴⁴ GIL, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016, p. 78. Si bien es un parafraseado de la obra de NEIL CUKIER, K., y MAYER-SHOENBERGER, V., *Big Data; a revolution that Will transform how we live, work and think*, Houghton Mifflin Harcourt (2013). Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>. (Consulta: 11/03/24).

lógica binaria”⁴⁴⁵. El término IA se acuñó “más de una década después (...) concretamente en 1956, año en el que McCarthy, Minsky y Shannon lo definieron (...) como el hecho de conseguir que una máquina pudiese razonar como un ser humano, aprender de sí misma y ser capaz de resolver problemas más o menos complejos”⁴⁴⁶. Una definición que, sin lugar a dudas, nos alerta de que su desarrollo (en el momento actual se encuentra en un momento álgido), supondrá un paso más en la necesidad de proteger nuestro derecho fundamental a la protección de datos⁴⁴⁷.

Para la RAE la inteligencia artificial es la “*disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana como el aprendizaje o el razonamiento lógico*”⁴⁴⁸. Se define por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades como “*la Ciencia e Ingeniería que permite diseñar y programar máquinas capaces de llevar a cabo tareas que*

⁴⁴⁵ HERRERA DE LAS HERAS, R., *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 18. Son interesantes las reflexiones sobre los orígenes de esta ciencia. *Vid. obra cit.*, p. 18, cuando continúa afirmando que “Walter construyó algunos de los primeros robots de la historia y Turing no solo fue famoso por crear la legendaria máquina Enigma, sino que inventó el test de Turing, que determinaba cuando se encontraban ante una máquina inteligente. Como explican HOCHÉL y GÓMEZ MILÁN, el test de Turing consiste en el estudio de una conversación que mantenía una persona con el sistema en el que se encontraba instalado el software de inteligencia artificial. Si esa persona era incapaz de determinar cuál de los dos era el ordenador, se consideraba que el sistema tenía una inteligencia comparable a la humana. Esta explicación es interesante porque, como luego veremos, uno de los elementos que caracteriza a esta ciencia es precisamente la cercanía con la inteligencia humana”.

⁴⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁴⁷ Sin perjuicio de que el Reglamento IA afirma que las normas establecidas en este Reglamento se entenderán “*sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de protección de datos*”. Reglamento IA, Considerando 9.

⁴⁴⁸ Disponible en:

<https://dle.rae.es/inteligencia>. (Consulta: 11/03/24).

requieren inteligencia para ser realizadas”⁴⁴⁹. Y en el Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado por el Parlamento Europeo en marzo de 2024, se define la IA como “*un conjunto de tecnologías en rápida evolución que contribuye a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales*”⁴⁵⁰.

Pero no sólo nos encontramos ante programas o tecnologías capaces de realizar complejas tareas, que conllevan necesariamente inteligencia para su elaboración; sino que, además, implican la interrelación de numerosas disciplinas. En este sentido es interesante la reflexión que realiza el Ministerio de Ciencia al afirmar que “*La IA es un área de la informática y comparte algunas técnicas con otras disciplinas, como las matemáticas y la estadística o la ciencia cognitiva. Debido a la creciente complejidad de sus aportaciones es cada vez más interdisciplinar, con sinergias con la biología, la filosofía, el mundo del derecho, la psicología, la sociología y la economía*”⁴⁵¹.

La IA es “*un elemento de transformación de nuestra realidad social*”⁴⁵² y, por tanto, también del derecho fundamental a la protección

⁴⁴⁹ SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *Estrategia española de I-D-I en inteligencia artificial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019, p. 12.

⁴⁵⁰ Reglamento de Inteligencia Artificial, aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024 (no ha entrado en vigor), p. 6. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf. (Consulta: 20/03/24).

⁴⁵¹ SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *obra cit*, p. 9.

⁴⁵² SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *España Digital 2025 – Transición digital*, Ministerio para la transformación digital y de la función pública, Madrid, “s.f.”, p. 68. Disponible en: https://advancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/Documents/EspanaDigital_2025_TransicionDigital.pdf. (Consulta: 19/03/24).

de datos⁴⁵³ por la utilización que los periodistas pueden realizar de la misma en la elaboración de sus artículos. Es *“una de las disciplinas que puede influir más en la rápida transición hacia una nueva sociedad y economía. Es una revolución tecnológica, por lo que España debe involucrarse en el desarrollo de una estrategia de investigación, desarrollo tecnológico e innovación que contribuya a la generación de beneficios económicos y sociales en nuestro país”*⁴⁵⁴.

Cualquier gran revolución entraña ventajas e inconvenientes, y en ellas pone el énfasis el Reglamento IA. Así, afirma que la IA implica multitud de ventajas⁴⁵⁵, pero también conlleva riesgos que dependen de su *“utilización y nivel de desarrollo tecnológico”*⁴⁵⁶ y que pueden afectar a *“los intereses públicos y los derechos fundamentales que protege el Derecho de la Unión”*⁴⁵⁷. Lógicamente, entendemos que los riesgos son necesarios para la evolución de la sociedad⁴⁵⁸ y que el

⁴⁵³ SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *obra cit.*, p. 45 cuando afirma que *“...siempre respetando las regulaciones de privacidad y protección de datos”*.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁵⁵ Reglamento IA, Considerando 4: *“El uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y facilitar la obtención de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, la seguridad alimentaria, la educación y la formación, los medios de comunicación, el deporte, la cultura, la gestión de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la justicia, la eficiencia de los recursos y la energía, el seguimiento ambiental, la conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas, y la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, entre otros, al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos, y personalizar las soluciones digitales que se encuentran a disposición de la población y las organizaciones”*.

⁴⁵⁶ Reglamento IA, Considerando 5.

⁴⁵⁷ *Ídem*.

⁴⁵⁸ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *obra cit.* cuando afirma que *“Dado el gran impacto que la IA puede tener en nuestra sociedad y la necesidad de generar confianza, es vital que la IA europea se base en nuestros valores y derechos fundamentales, como la dignidad humana y la protección de la privacidad”*. Disponible en:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=.\(Consulta18/03/24\).](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=.(Consulta18/03/24).)

ordenamiento jurídico debe adaptarse a ellos. Y la UE lo está haciendo, adelantándose al resto del mundo con la aprobación de un Reglamento de Inteligencia Artificial. Aunque dicha norma no ha entrado en vigor, es todo un hito para “*el establecimiento de un marco jurídico uniforme*”⁴⁵⁹. Su finalidad es “*promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de (...) los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta»), en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente*”⁴⁶⁰.

De otro lado, no podemos obviar un tema central de la IA, al que se refiere la Comisión Europea en su libro blanco sobre la inteligencia artificial, cuando afirma que la IA “*es una colección de tecnologías que combinan datos, algoritmos y potencia informática*”⁴⁶¹. Por tanto, la IA se caracteriza porque evoluciona con una rapidez vertiginosa y, al mismo tiempo, es una tecnología que se alimenta de datos y les da forma, lo que hace necesario perfilar su influencia en los derechos fundamentales que están en juego. Es evidente, pues, la interconexión con los *datos*⁴⁶² o

⁴⁵⁹ Reglamento IA, Considerando 1.

⁴⁶⁰ *Ídem*.

⁴⁶¹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza*, UE, Bruselas, 2020. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=. (Consulta: 18/03/24).

⁴⁶² *Vid. texto íntegro de SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, obra cit.*, p. 34. Cuando afirma que “*la IA como tecnología facilitadora permite la digitalización, el análisis y la interpretación de fuentes masivas de datos sociales, económicos, políticos, culturales y patrimoniales. Las infraestructuras de digitalización masiva del patrimonio histórico y cultural y de computación de altas prestaciones, se completan con tecnologías de IA para el tratamiento en el espacio digital de los objetos propios de las humanidades, generando un cambio radical en los procedimientos de investigación. Cabe destacar, especialmente, el análisis del amplio*

más bien su dependencia de ellos, toda vez que se ocupa de la “digitalización, el análisis y la interpretación de fuentes masivas de datos”⁴⁶³. “La IA proporciona medios innovadores para acceder, experimentar y divulgar el patrimonio digital no sólo a la comunidad académica sino también a la ciudadanía en general con herramientas, como el aprendizaje automático, que permiten (re)interpretar el pasado y tomar decisiones sobre el presente y el futuro”⁴⁶⁴.

En consecuencia, “la protección de datos tendrá que adaptarse a la nueva realidad que impone la inteligencia artificial”⁴⁶⁵, que deberá “establecer procedimientos para que su aplicación sea compatible con el respeto a la privacidad”⁴⁶⁶. Destaca el Reglamento IA que vamos a seguir “disfrutando de todos los derechos y garantías”⁴⁶⁷ que, en materia de tratamiento de datos, nos atribuye la normativa comunitaria,

y rico patrimonio histórico y cultural como uno de los activos más importantes del país. La IA está transformando los métodos y procesos para la conservación y el acceso a este patrimonio generalmente oculto en archivos, bibliotecas y museos. La IA proporciona medios innovadores para acceder, experimentar y divulgar el patrimonio digital no sólo a la comunidad académica sino también a la ciudadanía en general con herramientas, como el aprendizaje automático, que permiten (re)interpretar el pasado y tomar decisiones sobre el presente y el futuro. A modo de ejemplo, podemos citar el nuevo portal de datos abiertos de la Biblioteca Nacional de España. En definitiva, la IA aplicada a las humanidades está generando nuevos modelos y servicios de impacto importante en el turismo, la cultura o la educación, así como en la elaboración de políticas, la planificación urbana y el modelado ambiental, económico y social, entre otros ámbitos”.

⁴⁶³ Ídem.

⁴⁶⁴ Ídem.

⁴⁶⁵ HERRERA DE LAS HERAS, R., *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 58.

⁴⁶⁶ Vid HERRERA DE LAS HERAS, R., *obra cit*, pp. 58-59, cuando afirma que “Mejor dicho, la inteligencia artificial tendrá que, por defecto y desde el diseño, establecer procedimientos para que su aplicación sea compatible con el respeto a la privacidad. No podemos obviar que el tratamiento de datos, con el avance de la inteligencia artificial, aumentará de manera muy notable convirtiéndose en un uso masivo y veloz. Lo mismo sucederá con los riesgos que lleva aparejados. A mayor uso de datos, especialmente con un volumen tan amplio, mayor posibilidad de que se pueda violar la privacidad de los ciudadanos”.

⁴⁶⁷ Reglamento IA, Considerando 10.

*“incluidos los derechos relacionados con las decisiones individuales totalmente automatizadas, como la elaboración de perfiles”*⁴⁶⁸.

Este nuevo Reglamento y, sobre todo, la realidad que vivimos, quizá está poniendo de manifiesto que el contenido de la protección de datos debe ampliarse para adaptarse a esta nueva situación.

II. Protección de datos/libertad de información ante los retos tecnológicos

1. Privacidad y sesgos

La tecnología implica ventajas pero, a su vez, plantea graves problemas⁴⁶⁹. Un primer problema es el de la pérdida de privacidad, ante la ingente aportación de datos a la red. “La privacidad se ve afectada diariamente (...) estamos continuamente comunicando datos sobre nosotros y nuestras actividades, a veces sin darnos cuenta”⁴⁷⁰. En este sentido, el RGPD afirma que *“La magnitud de la recogida y del*

⁴⁶⁸ *Ídem.*

⁴⁶⁹ *Vid* PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. Punto 71: “(...) estas tecnologías entrañan importantes riesgos éticos que deben abordarse adecuadamente, teniendo en cuenta los posibles efectos adversos para las personas por lo que respecta, en particular, a su derecho a la intimidad, a la protección de datos y a la no discriminación; subraya que su uso indebido puede suponer una amenaza directa para la democracia y que su despliegue y su uso deben respetar los principios de proporcionalidad y necesidad, la Carta de los Derechos Fundamentales y el Derecho derivado pertinente de la Unión, como las normas de protección de datos”. Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html. (Consulta: 12/01/24).

⁴⁷⁰ PARDO CÉSPEDES, L., “La privacidad en la era digital ¿el fin de la libertad?”, LinkedIn, marzo 2020. Disponible en:

<https://es.linkedin.com/pulse/la-privacidad-en-era-digital-el-fin-de-libertad-luis-pardo-cespedes#:~:text=LA%20SEGURIDAD%20EN,www.luispardocespedes.com>. (Consulta: 12/01/24).

*intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial*⁴⁷¹.

Y es en este contexto, de digitalización de la sociedad y de aportación masiva de información a la red por parte de cualquier persona, donde se produce un quebranto de nuestra privacidad. Toda vez que, como afirma Pardo Céspedes, “En la era tecnológica, la privacidad es concebida casi únicamente como privacidad digital”⁴⁷².

Al mismo tiempo, la aportación masiva de datos plantea un problema añadido a la falta de privacidad, el de los sesgos. Es necesario conocer los patrones que utilizan los motores de búsqueda/programas de IA y sus sesgos, toda vez que influirán decisivamente en la información de la que dispondrán, quienes ejercen la libertad de información, sobre cada uno de nosotros, contribuyendo a la determinación de nuestra identidad digital⁴⁷³.

De ahí que el Parlamento europeo señale que “*la posibilidad que ofrecen estas tecnologías de utilizar datos (...) y microsegmentar a las personas, detectar vulnerabilidades de estas o explorar conocimientos*

⁴⁷¹ RGPD, 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Considerando 6. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (Consulta: 12/01/24).

⁴⁷² PARDO CÉSPEDES, *obra cit.*

⁴⁷³ *Vid.* MUÑOZ VAN DEN EYNDE, A., “¿Quién decide qué noticias consultamos, Google o nosotros?”, *El economista*, junio 2023, cuando afirma que “¿Es el algoritmo el que está detrás de la selección de las noticias que aparecen cada día destacadas en nuestras líneas de tiempo y muros de las redes sociales y otros medios digitales? ¿O somos nosotros los que activamente buscamos un determinado sesgo en las noticias y contenidos que leemos?”. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/arteseideas/Quien-decide-que-noticias-consultamos-Google-o-nosotros-20230603-0010.html>. (Consulta: 12/01/24).

*predictivos (...) debe ser compensada con una aplicación efectiva de los principios en materia de protección de datos*⁴⁷⁴. Es decir, que los sesgos se compensan con la protección de datos. En concreto, tenemos derecho a oponernos “*a la elaboración de perfiles y a controlar el uso de los datos sobre uno mismo, el derecho a obtener una explicación de una decisión basada en el tratamiento automatizado*”⁴⁷⁵. El Reglamento IA aborda esta cuestión de los sesgos señalando que uno de “*los principios éticos no vinculantes para la IA*”⁴⁷⁶ es la “*diversidad, no discriminación y equidad*”⁴⁷⁷ que significa que, entre otras cuestiones, los sistemas de IA deben evitar “*los sesgos injustos prohibidos por el Derecho nacional o de la Unión*”⁴⁷⁸.

El sesgo algorítmico es “una anomalía (...) suposiciones erróneas realizadas durante el proceso de desarrollo del sistema”⁴⁷⁹. Existen distintos tipos de sesgos “los sesgos sistémicos, los sesgos estadísticos y computacionales y los sesgos humanos, a saber:

- Los sesgos sistémicos son esencialmente sesgos institucionales o históricos. No son voluntarios. Aunque se sigan las reglas o normas existentes. Están en los conjuntos de datos y en las normas, prácticas y procesos institucionales a lo largo del ciclo de vida de la IA y en la cultura y la sociedad en general.

- Los sesgos estadísticos y computacionales se dan cuando la muestra no es representativa de la población. El error puede deberse a datos heterogéneos, representación de datos complejos en

⁴⁷⁴ Vid PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco acerca de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. Punto 64.

⁴⁷⁵ *Ídem.*

⁴⁷⁶ Reglamento IA, Considerando 27.

⁴⁷⁷ *Ídem.*

⁴⁷⁸ *Ídem.*

⁴⁷⁹ COTINO HUESO, L., *obra cit.*, p. 260.

representaciones matemáticas más simples, datos erróneos y sesgos algorítmicos como el ajuste excesivo o insuficiente, de tratamiento de valores atípicos y la limpieza de datos y los factores de imputación.

- Los sesgos humanos, errores sistemáticos en el pensamiento humano. Son una parte fundamental de la mente humana, así se dan sesgos de anclaje, de disponibilidad, el sesgo de confirmación, entre muchos otros. Asimismo se trata de atajos mentales adaptativos. Obviamente, no son exclusivos de las interacciones humanas con la IA, pero en este ámbito, se insertan en todo el ciclo de vida de la IA y en su uso”⁴⁸⁰.

“Los sesgos humanos, errores sistemáticos en el pensamiento humano”⁴⁸¹, son relevantes porque del mismo modo que somos las personas quienes introducimos estas discriminaciones en la red, al mismo tiempo “Los sesgos de la inteligencia artificial pueden pasar a las personas”⁴⁸². Por tanto, nos encontramos: a) con una ingente masa de datos —que ya contiene sesgos— circulando por la red⁴⁸³; O también

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pp. 261-262.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 262.

⁴⁸² SACRISTÁN SÁNCHEZ, E., “Los sesgos de la inteligencia artificial pueden pasar a las personas”, *Ethic*, octubre 2023. Disponible en: <https://ethic.es/2023/10/los-sesgos-de-la-inteligencia-artificial-pueden-pasar-a-las-personas/>. (Consulta: 16/01/24).

⁴⁸³ Un tema íntimamente relacionado con los sesgos, es la brecha digital/competencia digital, toda vez que es clave en la aportación de datos a la red. En este sentido, *vid.* CAÑÓN RODRÍGUEZ, R., GRANDE DE PRADO, M. y CANTÓN MAYO, I., “Brecha digital: impacto en el desarrollo social y personal. Factores asociados”, *Tendencias pedagógicas*, n.º 28, UAM, Madrid, 2016, p. 6, cuando afirma que “Al hablar de Brecha Digital, no podemos obviar otro concepto íntimamente relacionado: la Competencia Digital (...). Por su parte, la competencia digital es la capacidad para usar las TIC eficazmente, en los ámbitos laboral, educativo, ocio y de participación ciudadana (Ferrari, 2013; INTEF, 2014). Como contrapartida, podemos entender que la brecha digital consiste en las carencias para usar las TIC eficazmente. Este concepto se suele denominar “la segunda brecha digital” y se caracteriza por esa falta de competencia, frente a la “primera brecha digital”, relacionada con el acceso físico a las TIC (Castaño, 2008)”. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5654166>. (Consulta: 16/01/24).

motores de búsqueda con sesgos; b) que esos datos/motores de búsqueda sesgados son usados por periodistas; c) y que, al mismo tiempo, los periodistas introducen sesgos al elegir los datos para elaborar la noticia. Y, como consecuencia, se “amplifica(n) los sesgos humanos”⁴⁸⁴; d) y, sobre todo, que con esos datos/noticias sesgadas se puede conformar nuestra identidad digital. Se puede ofrecer una visión panorámica de nosotros que puede que no coincida con la visión que tenemos de nosotros mismos, o que otros tienen de nosotros, o la que quiero ofrecer a los demás. No se trata de modificar esta identidad —a la que venimos refiriéndonos—, ni de elegir las noticias que queremos que se difundan o no, sino de que la visión general que la noticia, o los datos de los motores de búsqueda, puedan ofrecer de una persona, se aleje de esta identidad.

Son muchos los autores y organismos públicos que, desde hace tiempo, nos ofrecen soluciones para “para evitar los sesgos, errores y discriminación”⁴⁸⁵. Entre esas soluciones se encuentra la utilización de “códigos de conducta para procesos de auditoría, comités de ética para evaluar los daños y beneficios”⁴⁸⁶. Me parece plausible la solución de

Vid. el texto de la Cumbre mundial sobre la sociedad de la información, celebrada en Ginebra en 2003, donde en el orden del día se encontraba como primer punto, p. 5: “Proporcionar acceso a las TIC para todos. ¿Cómo se puede llegar a unas TIC universales y asequibles para todos los habitantes del planeta? ¿Cómo pueden utilizar eficazmente las TIC quienes tienen acceso a ellas?”. Disponible en: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/brochure/wsis-es.pdf>. (Consulta: 16/01/24).

⁴⁸⁴ *Vid.* SACRISTÁN SÁNCHEZ, E., *obra cit.* Cuando afirma que “Los impresionantes resultados logrados por esta nueva tecnología reflejan su alta fiabilidad y se han hecho muy populares. Sin embargo, los algoritmos de la IA también pueden estar sesgados, cometer errores sistemáticos. Estos programas son entrenados con datos que son producto de decisiones humanas, y si contienen sesgos, los modelos de inteligencia artificial pueden aprenderlos y reproducirlos. De hecho, existen ya numerosas pruebas de que, efectivamente, esta hereda y amplifica los sesgos humanos”.

⁴⁸⁵ COTINO HUESO, L., *obra cit.*, p. 313.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pp. 313-314.

los códigos de conducta, toda vez que, de cumplirse, podría poner fin al problema.

El Reglamento IA propone como solución para “*hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades*”⁴⁸⁷, considerar como de alto riesgo “*aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre*”⁴⁸⁸ o los “*destinados a ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines*”⁴⁸⁹. Y destaca que “*La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana*”⁴⁹⁰. Esta solución nos parece correcta. Y ello porque siempre es una ventaja legislar estableciendo, como en este caso, normas generales que impidan la utilización de la tecnología IA en supuestos importantes, que implican la adopción de decisiones.

En cualquier caso, consideramos que debe solucionarse, en primer lugar, con la educación digital tanto de la ciudadanía en general, como de quienes ejercen la actividad periodística. Toda vez que, sin perjuicio de cómo se aportan los datos, es en la forma de recolección de los mismos por quienes ejercen la libertad de información y su

Vid. GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, UE, 2018, p. 36: que ha detallado una serie de medidas respecto a las decisiones automatizadas esencialmente “*para garantizar que las personas reciben un trato justo y no discriminatorio*”, sin “*resultados discriminatorios, erróneos o injustificados*”. Entre otras, y parafraseando su p. 36, insistía en los controles periódicos de calidad, auditorías algorítmicas, en su caso independientes de terceros, garantías contractuales respecto de los algoritmos de terceros que garanticen comprobaciones y cumplimiento normativo. Asimismo, mecanismos de certificación para operaciones de tratamiento, códigos de conducta para procesos de auditoría, comités de ética para evaluar los daños y beneficios.

⁴⁸⁷ Reglamento IA, Considerando 61.

⁴⁸⁸ *Ídem.*

⁴⁸⁹ *Ídem.*

⁴⁹⁰ *Ídem.*

reproducción en muchas ocasiones por la ciudadanía, donde entra en conflicto la libertad de información con la protección de datos. Y todo ello, sin perjuicio de poder establecer, *a posteriori*, comités que puedan valorar los sesgos existentes en la red.

2. Periodismo digital: veracidad informativa

Es exponencial la utilización que realizan los periodistas de las TIC examinadas, de los datos que están en la red, toda vez que es el único sistema posible para cubrir las crecientes necesidades de información, casi inagotables. Están obligados al uso de esos datos para poder satisfacer las exigencias informativas de la ciudadanía, de inmediatez absoluta, en este momento de digitalización de la sociedad. Y, como consecuencia, nos enfrentamos al problema de la veracidad informativa.

El tema de la veracidad es importante, toda vez que es uno de los elementos a tener en cuenta en la conformación del contenido del derecho a la protección de datos en relación con la libertad de información. Como dijimos, el propio texto constitucional⁴⁹¹ exige que la información sea veraz, aunque no nos ofrezca un contenido jurídico del mismo, el cual se ha tenido que ir definiendo doctrinal y jurisprudencialmente, en las distintas etapas, “analógica” y digital.

En la etapa que hemos llamado analógica, ya se nos ofrece un concepto de veraz/veracidad por parte de la jurisprudencia constitucional⁴⁹² que, aunque deja numerosas cuestiones por resolver, ahonda en la idea de que el ejercicio de la libertad de información

⁴⁹¹ *Vid.* art. 20.1 d) CE.

⁴⁹² Entre otras, STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero.

requiere un deber de diligencia⁴⁹³. Entendemos el concepto de veracidad, en efecto, del mismo modo que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional, como un deber de diligencia de quienes ejercen la libertad de información poniendo el acento en su modo de actuar⁴⁹⁴.

Pero se plantea el problema de conjugar este concepto con la protección de nuestros datos en la red. En particular, su conciliación con la búsqueda de información por parte de quienes ejercen la libertad de información, que cada vez debe realizarse más rápidamente en la etapa digital. Se trata de conciliar la protección de nuestros datos con la libertad de información, y que ésta siga siendo pilar fundamental de nuestro sistema democrático⁴⁹⁵, como así lo viene reiterando el TC⁴⁹⁶ cuando afirma que el que la información sea veraz “*no se erige*

⁴⁹³ *Ídem*. Vid. FJ 5, cuando afirma que el periodista haya realizado “*una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información (...) con la diligencia que es exigible*”.

⁴⁹⁴ Y, además, la veracidad comprende, según la STC, Pleno, 8/2022, de 27 de enero, FJ 3, “*tanto la transmisión de hechos como la formulación de juicios de valor derivados de tales hechos, (...) porque quien actúa como emisor es un periodista, esto es, un profesional de la comunicación*”.

⁴⁹⁵ En este sentido, *vid.* DEL HIERRO, J.L., *obra cit.*, p. 46, cuando afirma que “la información (...) es una condición necesaria para la (...) conformación de la opinión pública, lo que equivale a decir que lo es para la democracia”. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2231/1166>.(Consulta: 6/07/23).

⁴⁹⁶ *Vid.* STC, pleno, 8/2022 de 27 de enero, FJ 3, cuando afirma, refiriéndose a la libertad de información, que es “*uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. (...) El papel esencial que para el funcionamiento de la democracia desempeña la libertad de comunicar o recibir información determina que el objeto de protección del art. 10.1 CEDH, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abarque no solo la esencia de las ideas y la información expresada, sino también la forma en que se transmiten (...) protección que alcanza a internet, dada su capacidad para conservar y difundir gran cantidad de datos e informaciones, lo que contribuye a mejorar el acceso del público a las noticias y la difusión de información en general [STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Times Newspapers Ltd. c. Reino Unido (núms. 1 y 2), § 27]» [STC 172/2020, FJ 7 B) a)]”.*

únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático”⁴⁹⁷.

Pero, entonces, en la etapa digital ¿nos encontramos ante el mismo concepto de veracidad que en etapas anteriores?. La respuesta a esta pregunta es: a) en efecto, nos encontramos con el mismo concepto jurídico de veracidad; b) pero cambia el concepto de veracidad de facto, por el mundo digital en el que nos encontramos. Por tanto, aunque el concepto que nos ofrece la jurisprudencia es el mismo —y a él nos atenemos—, las condiciones del ejercicio de la libertad de información han mutado (estamos en un entorno digital y mucho más tecnológico que en otras épocas) y entonces, quizá, debería mutar el significado jurídico para adaptarlo a esta realidad. En todo caso, consideramos que los retos digitales no deben mermar la investigación previa que tiene que realizar quien ejerce la libertad de información. En el entorno digital la ciudadanía cuenta con los mismos derechos⁴⁹⁸ que en la sociedad analógica.

Ha de partirse de que “el deber de veracidad no exige la total exactitud de lo que se transmite, (...) pues tal carga, en la práctica, haría

⁴⁹⁷ Vid. STC, sala 1ª, 30/2022, de 7 de marzo, FJ 4, cuando afirma que *“Así pues, la prerrogativa del secreto profesional o protección de las fuentes de los periodistas y profesionales de la información encuentra justificación en «la función que estos cumplen así como en la garantía institucional de la libertad de información, pues “la jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que la libertad reconocida en el artículo 20.1 d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio de su titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia”.*

⁴⁹⁸ En este sentido, tenemos que señalar que en el entorno digital la ciudadanía cuenta con los mismos derechos que en la sociedad analógica y, por tanto, los requisitos del derecho a la libertad de información no varían. Parafraseado de la STC, sala 2ª, 27/2020, de 24 de febrero. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4112. (Consulta: 20/03/24).

inoperante el reconocimiento de la libertad de información”⁴⁹⁹. Pero lo cierto es que, aunque el Alto Tribunal mantiene el mismo concepto de veracidad en la actualidad, la realidad que nos encontramos en el mundo digital es muy distinta a la del periodismo analógico. Como venimos señalando, quien ejerce la libertad de información tiene que sacar la noticia velozmente (lo digital es así) y, en ocasiones, no se tiene el tiempo necesario para contrastar o se contrasta de forma más superficial que antes. El hecho de que la jurisprudencia mantenga el mismo concepto de veracidad, quizás se debe a que los tribunales están desbordados por la realidad digital (que avanza a una velocidad de vértigo). No obstante, creemos que el concepto de veracidad debe mutar en el sentido de exigir una mayor diligencia, si cabe, a quienes ejercen la libertad de información ya sean periodistas profesionales o ciudadanos ejerciendo el llamado periodismo ciudadano.

Por tanto, en la actualidad el TC mantiene la misma postura que ya recogía al comienzo de la creación del derecho a la protección de datos, en una sentencia del año 2002. Así, la STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero⁵⁰⁰, FJ 3, hace referencia constante a la doctrina, que sobre el concepto de veracidad, contenía la STC 172/2020, de 19 de noviembre (y esta, a su vez, la contenida en STC 52/2002, de 25 de febrero). Dicha resolución afirma que “*Según la doctrina constitucional consolidada, la veracidad de la información suministrada y su interés o relevancia pública condicionarán su protección constitucional, (...) «es reiterada doctrina, sintetizada en la STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5, que “no*

⁴⁹⁹ DE BERDA Y BEAMONTE, J.R., “El deber de veracidad del informador”, IDIBE, abril 2015. Disponible en: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/el-deber-de-veracidad-del-informador/>.(Consulta: 17/01/24).

⁵⁰⁰ Sentencia que no examina la colisión entre la libertad de información y la protección de datos, sino entre la libertad de expresión y el derecho al honor por manifestaciones vertidas en redes sociales.

supone la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, de modo que puedan quedar exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, sino que se debe privar de esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contrastación o meras invenciones o insinuaciones”⁵⁰¹.

Por tanto, el periodista⁵⁰² debe actuar con la diligencia que se presupone a un profesional de la información y no puede utilizar, sin contrastar y sin una rigurosa investigación previa, la ingente cantidad de datos que están dispersos en la red. No obstante, si realizada esta actuación la información no es verdadera (en cuyo caso está protegida constitucionalmente) se plantea un segundo problema que es el de crear identidades digitales, con información periodística veraz, que disten drásticamente de nuestra identidad —en los términos ya expuestos: lo que pensamos de nosotros, lo que los demás piensan y la realidad que quiero mostrar/compartir con los demás—. Esto mismo, como examinaremos, puede ocurrir también con la visión que otorgan los enlaces de los motores de búsqueda o los enlaces de las hemerotecas digitales, y no sólo con la propia noticia de quienes ejercen la libertad de información.

III. El derecho a la protección de datos. Su regulación a la luz de la (r)evolución tecnológica

⁵⁰¹ STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero, FJ 3.

⁵⁰² Se plantea el problema —ya expuesto y que será una futura línea de investigación— de cómo se aplica al periodismo ciudadano. En todo caso consideramos que la diligencia debe ser la misma que se le exige al periodista profesional.

En este contexto de digitalización de la sociedad y de una sociedad de la información, el uso de la tecnología por quienes ejercen la libertad de información plantea retos, consecuencia de los conflictos entre los derechos examinados. Para resolverlos, hemos de determinar los elementos esenciales de esta materia en la actualidad y que son:

a) La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional del art. 18.4 CE y el TJUE, por su parte, del art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000/C 364/01). Por lo tanto, sobre la tutela de los derechos de la ciudadanía “*en el uso de la informática*”⁵⁰³.

b) La normativa vigente, comunitaria y nacional, que aborda en detalle dicha protección y que gira en torno a los datos de carácter personal, con breve referencia a los antecedentes más inmediatos a la normativa actual.

c) Y la necesidad de proteger nuestros datos desde la perspectiva del derecho a la libertad de información ejercida por periodistas y por la ciudadanía —pero haciéndolo desde el punto de vista de una creencia ciega en la necesidad de evitar imponer límites innecesarios al derecho fundamental a la libertad de información—. Porque existe una auténtica necesidad de afirmar que el derecho fundamental a la libertad de información, del mismo modo que el derecho a la educación, son base de nuestro sistema democrático. Aunque en este momento de digitalización y globalización hay autores que afirman que ya no es importante para nuestra sociedad. Así, López López y Morillo Calero afirman que en la actualidad los asuntos de “información y comunicación ya no se inscriben en el debate ciudadano

⁵⁰³ Art. 18.4 CE.

como elementos fundamentales para el ejercicio de la democracia, sino como productos de una industria «cultural» y del ocio dirigida a consumidores y contemplada fundamentalmente bajo los parámetros de la oferta y la demanda”⁵⁰⁴. Quizá su opinión responda a lo que ocurre en la realidad, pero no compartimos su posición.

En este tercer punto destaca la regulación que el RGPD impone al legislador nacional para que establezca excepciones a la regulación general de la protección de datos, con el objetivo de conciliar este derecho con la libertad de información. Una normativa que impone a los Estados miembros, en tal sentido, la regulación de la llamada excepción periodística.

1. Contenido actual en la jurisprudencia

El derecho a la protección de datos, como hemos expuesto, se “crea” con las SSTC, pleno, 290 y 292/2000, de 30 de noviembre. En ellas se afirma que este derecho “*garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales*”⁵⁰⁵ que la puedan identificar, directa o indirectamente. A su vez, ese poder de control se garantiza con una serie de derechos, necesarios para su ejercicio, que forman parte de su contenido y que se han mantenido hasta la actualidad.

Así, la STC, sala 2ª, 160/2021, de 4 de octubre, expone cuál es la jurisprudencia constitucional actual:

⁵⁰⁴ LÓPEZ LÓPEZ, P. y MORILLO CALERO, M.J., “Derecho a la información y democracia en el marco de la globalización neoliberal: bibliotecas, archivos y medios de comunicación de masas”, en LÓPEZ LÓPEZ, P. y GIMENO PERELLÓ, J (coords.), *Información, conocimiento y bibliotecas en el marco de la globalización neoliberal*, Trea, Gijón, 2005, p. 98. Disponible en: <http://eprints.rclis.org/8590/1/DDII.pdf>. (Consulta: 7/02/24).

⁵⁰⁵ STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

- Afirma que *“El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE) persigue garantizar un poder de control sobre los datos personales de la persona afectada, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”*⁵⁰⁶.

- Se reitera la idea de proteger los datos informatizados personales de cualquier persona: es decir, cualquier información que identifique a la persona o que nos conduzca a identificarla *“y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6)”*⁵⁰⁷. Si no permiten su identificación o permitiéndola no se utilizan con alguna de las finalidades descritas, dichos datos personales, informaciones, pueden circular por la red y no quedarían bajo el amparo constitucional del art. 18.4 CE. De este modo, podrían ser utilizados por quienes ejercen la libertad de información para la elaboración de sus noticias.

- Y afirma que es contenido de este derecho, que es *“parte conformadora de este derecho fundamental, «la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6)”*⁵⁰⁸. *“Ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6)”*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ STC, sala 2ª, 160/2021, de 4 de octubre, FJ 3.

⁵⁰⁷ *Ídem.*

⁵⁰⁸ *Ídem.*

⁵⁰⁹ *Ídem.*

En definitiva, el contenido del derecho a la protección de datos sigue siendo el mismo que cuando se creó; y a pesar de los grandes cambios tecnológicos experimentados desde las SSTC del año 2000, no ha sido modificado. Podemos fijar como parte de ese contenido de la protección de datos, lo siguiente:

a) El poder de disposición y control de nuestros datos. Un sector doctrinal identifica esta posibilidad de disponer de nuestros datos con la necesidad de que exista consentimiento, que “se manifiesta como autodeterminación del individuo y conforma el espacio de libertad y dignidad de la persona, junto con el resto de derechos fundamentales”⁵¹⁰. El que el consentimiento no se preste no siempre implica vulneración de este derecho fundamental. Y, en este sentido, Arenas Ramiro afirma, refiriéndose a la legislación que desarrolla el precepto, que “El consentimiento sigue siendo una de las principales bases que legitiman el tratamiento de datos que se efectúe, pero debemos recordar que para poder tratar datos personales no siempre es necesario contar con el consentimiento de su titular, sino que se podrán tratar datos si existe otra base de legitimación”⁵¹¹.

b) Y un conjunto de derechos o facultades que permiten su ejercicio. Estos derechos (subderechos) perfilan el contorno de la protección de datos e identifican su contenido, de tal modo que sin ellos no existiría. Así, son necesarios para garantizar el derecho y para su pleno ejercicio. En este sentido se pronuncian, entre otros, Serrano Pérez cuando afirma que “la otra parte del contenido esencial del derecho a la

⁵¹⁰ SERRANO PÉREZ, M.M., “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 1, Madrid, 2005, p. 255.

⁵¹¹ ARENAS RAMIRO, M., “Nuevas tecnologías y retos para la protección de datos personales en Europa: el rastreo de contactos durante la pandemia por covid-19”, *Confluencias*, vol. 25, n.º 3, PPGSD/UFF, Brasil, 2021, p. 105.

protección de datos la constituye un conjunto de derechos que garantizan la protección de la persona frente al manejo de datos personales, es decir, garantizan la eficacia del consentimiento y del control. Esos derechos son: el derecho de información, de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición”⁵¹².

Observamos, pues, un cambio desde la creación del derecho en el año 2000 hasta la actualidad, en cuanto a su consideración o no como un verdadero derecho fundamental autónomo; si bien el TC no ha venido mostrándose claro y contundente, al respecto. Así ha considerado el art. 18.4 CE como una garantía para el ejercicio de otros derechos, que es lo que parece desprenderse de la literalidad del precepto. Y, en otras ocasiones, se ha referido al art. 18.4 CE como un derecho fundamental⁵¹³. Sin embargo, en la actualidad ya no hay duda de que es un derecho fundamental autónomo⁵¹⁴ y, en todo caso, no le resta autonomía el que al mismo tiempo sea garantía de otros derechos o un “derecho instrumental”, como lo denomina Lucas Murillo de la Cueva. Este autor afirma que es autónomo y, al mismo tiempo, “un derecho instrumental, ciertamente, pero igual de instrumental que otros de indudable raigambre en el constitucionalismo (...), o cualquiera de los reconocidos en los textos fundamentales, pues los derechos que afirman no son más que los medios jurídicos que aseguran la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en los casos en que se pretende obstaculizarla o impedirarla”⁵¹⁵. Lo cierto es que es un derecho de creación jurisprudencial, pero un derecho, como bien afirma Arenas

⁵¹² SERRANO PÉREZ, M.M., *obra cit.*, pp. 253-254.

⁵¹³ Ambos sentidos los encontramos en la STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre.

⁵¹⁴ *Vid.* STC, sala 2ª, 160/2021, de 4 de octubre. Y así se desprende de su fundamentación jurídica.

⁵¹⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, *Cuadernos de derecho público*, INAP, Madrid, 2003, p. 41.

Ramiro, “para cuya plena eficacia es indispensable la intervención del legislador”⁵¹⁶.

En el ámbito europeo, en el mismo periodo, la CDFUE reconoce la protección de datos como un derecho fundamental en su art. 8.1. Al respecto, se limita a afirmar que “*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan*” — misma redacción que posteriormente se incluirá en el art. 16.1 del TFUE⁵¹⁷—⁵¹⁸.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial de su contenido, el TJUE, a diferencia de nuestro TC, no ha tenido la necesidad de precisar que estamos ante un derecho fundamental⁵¹⁹, toda vez que el mismo está expresamente reconocido en la legislación europea. No ocurre lo mismo con el TEDH que sí ha desarrollado una abundante jurisprudencia sobre el derecho a la vida privada y familiar y del que se considera parte integrante el derecho a la protección de datos⁵²⁰. Por tanto, el TJUE, que tiene entre sus funciones la interpretación de la legislación, ha ido desarrollando el contenido de este derecho, concretando cada una de las facultades que comprende y que están recogidas en el RGPD. Entre

⁵¹⁶ ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 466.

⁵¹⁷ El TFUE fue publicado en el DOUE el 30 de marzo de 2010 y es el “*resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009*”, tal y como se afirma en el propio texto. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70002>. (Consulta: 9/02/24)..

Vid. art. 16.1 TFUE: “*Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan*”.

⁵¹⁸ Vid. art. 11.1 CDFUE que regula la libertad de información: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*”. Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. (Consulta: 9/02/24).

⁵¹⁹ Aunque lo reitera en sus sentencias, constatando una realidad. Entre otras, STJUE de 12 de enero de 2023, asunto C154/21, apartado 44.

⁵²⁰ Parafraseado de ARENAS RAMIRO, M., *obra cit.*, p. 79.

otras, podemos citar la reciente STJUE, de 12 de enero de 2023, asunto C-154/21⁵²¹, que interpreta una de las facultades que integran este derecho y, al mismo tiempo, nos remite a una importante sentencia que precisa de manera concisa su contenido. Así, en la STJUE, 9 de marzo de 2017, C-398/15, el Tribunal afirma que “(...) *mientras que el artículo 8 de la Carta proclama expresamente el derecho a la protección de los datos personales. Los apartados 2 y 3 de este último artículo precisan que dichos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento del interesado o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, que toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación y que el respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente*”⁵²².

Por tanto, es la Carta la que reconoce la existencia del derecho fundamental a la protección de datos y especifica someramente su contenido. De lo expuesto se desprende que en la Carta:

- El derecho fundamental está vinculado a dos conceptos imprescindibles, que no define la Carta y que son los datos personales y el tratamiento de los mismos, y que para conocer su significado debemos acudir a la legislación comunitaria sobre la materia⁵²³.

- Se requiere para el tratamiento de nuestros datos el consentimiento; o la existencia de una causa, legalmente prevista, que permita el mismo prescindiendo del consentimiento de su titular.

⁵²¹ Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A3044236BDFF6B2C5A843D15F32FC3AE?text=&docid=269146&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=54277>. (Consulta: 26/01/24).

⁵²² STJUE, 9 de marzo de 2017, asunto 398/15, apartado 40. Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=188750&doclang=ES>. (Consulta: 20/03/24).

⁵²³ Vid. ARENAS RAMIRO, M., *obra cit.*, p. 243.

- Este derecho implica que los titulares tienen derecho de acceso⁵²⁴ y derecho de rectificación⁵²⁵.

- Y, a su vez, se fija la necesidad de que exista una autoridad para controlar el cumplimiento de las facultades que implica este derecho.

Al mismo tiempo, es la legislación la que, como ocurre con el derecho fundamental del art. 18.4 CE, lo ha ido desarrollando y ampliando. Y es la jurisprudencia, en este caso del TJUE, la que interpreta el contenido, tanto el fijado en la Carta como en la restante normativa. Así se ha ampliado el contenido del derecho a la protección de datos fijado en la Carta, incluyendo también el derecho a ser informado⁵²⁶, el derecho de oposición⁵²⁷ y el derecho de cancelación⁵²⁸.

2. Regulación normativa: comunitaria y nacional

En cuanto a la normativa sobre el derecho a la protección de datos, ésta debe respetar el contenido expuesto, ex art. 53.1 CE. Ese respeto, constitucionalmente previsto, también ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional española cuando afirma, respecto a la normativa sobre protección de datos, que está “*sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio*”

⁵²⁴ Derecho que ha sido ampliando en STJUE, 22 de junio de 2023, asunto C-154/21, Fallo. En el mismo se interpreta el art. 15 RGPD en el sentido de que el derecho de acceso es aplicable, incluso, “*cuando las operaciones de tratamiento a que se refiere esa solicitud se habían efectuado antes de la fecha en que empezó a ser aplicable dicho Reglamento, pero la solicitud se presentó después de esa fecha*”.

⁵²⁵ A él se refiere, entre otras, la STJUE, 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16.

⁵²⁶ Necesario para poder prestar el consentimiento. Como señala ARENAS RAMIRO, M., *obra cit.*, p. 260, cuando afirma que “(...) dicho derecho debe ser reconocido al titular de los datos precisamente para que pueda disponer de ellos libremente, y decidir si quiere o no que los mismos sean tratados”.

⁵²⁷ *Vid.* STJUE, 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16.

⁵²⁸ Ahora derecho de supresión o derecho al olvido. *Vid.* STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al.

regula (art. 53.1 C.E.)”⁵²⁹. El desarrollo va a girar en torno al dato y al tratamiento del mismo, elaborando con ello un “sistema preventivo que actúa desde el momento en que se recaba la información”, por lo que “no hay que esperar a que se produzca el daño y se lesione a la persona”⁵³⁰. En consecuencia, las normas que dicta el legislador van a cumplir la finalidad pensada para ellas de desarrollar el derecho, respetando su contenido constitucional, y dotándolo de medios para su prevención y de medidas para su sanción en caso de incumplimiento.

De este modo, este derecho fundamental, interpretado por la jurisprudencia, encuentra su “*marco jurídico general*”⁵³¹ comunitario en el vigente RGPD. Como antecedentes previos hemos de destacar, por su importancia, el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Su finalidad es garantizar, a la ciudadanía de los Estados firmantes, su derecho a la vida privada frente al tratamiento de sus datos personales⁵³², pero no habla del derecho fundamental a la protección de datos. Al mismo tiempo nos ofrece en su art. 2 una definición de los datos de carácter personal como “*cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (“persona concernida”)*”⁵³³, y del tratamiento

⁵²⁹ STC, pleno, 292/200, de 30 de noviembre, FJ 10. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>. (Consulta: 28/01/24).

⁵³⁰ SERRANO PÉREZ, M.M., *obra cit.*, p. 254.

⁵³¹ *Ídem*.

⁵³² Parafraseado del art. 1 del Convenio, cuando afirma que “*El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»)*”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>. (Consulta: 19/02/24).

⁵³³ *Vid.* art. 2 del Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 (derogado). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>. (Consulta: 19/02/24).

automatizado como *“las operaciones que a continuación se indican efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados: Registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones Lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión”*⁵³⁴.

Con posterioridad, “y como punto de inflexión”, diríamos incluso de auténtica revolución, adentrándonos ya en la etapa de digitalización de la sociedad, se dictó la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 (derogada), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, que se aplica indistintamente *“al tratamiento (...) automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado”*⁵³⁵. Se considera por la UE un *“texto de referencia, a escala europea, en materia de protección de datos personales. Crea un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea (UE). Con ese objeto, la Directiva fija límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicita la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de la supervisión de cualquier actividad relacionada con el tratamiento de los datos personales”*⁵³⁶. No obstante, dejaba un amplio margen a la regulación por cada Estado miembro y, por tanto, era casi obligado dictar una normativa más detallada que pusiera fin a la

⁵³⁴ *Ídem.*

⁵³⁵ *Vid.* art. 3 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 (derogada). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>. (Consulta: 7/02/24).

⁵³⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/protection-of-personal-data.html>. (Consulta: 7/02/24).

inseguridad jurídica por la existencia de múltiples ordenamientos regulando el tratamiento de datos.

Así surge el vigente RGPD⁵³⁷: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵³⁸. Este Reglamento se promulga muy avanzada la etapa de revolución tecnológica y como consecuencia de ella, toda vez que *“la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales”*⁵³⁹. Su finalidad es *“garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión”*⁵⁴⁰, evitando la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos dentro de la UE⁵⁴¹ que dificulten la protección de datos y, al mismo tiempo, la libre circulación de los mismos.

⁵³⁷ Disponible en:

<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (Consulta: 7/02/24).

Con anterioridad estuvo en vigor el Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 (derogado), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Este Reglamento, así como la Decisión n.º 1247/2002/CES, fueron derogados por el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de esos datos.

⁵³⁸ Que deroga la Directiva 95/46/CE.

⁵³⁹ RGPD, Considerando 6. Disponible en:

<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (Consulta: 7/02/24).

⁵⁴⁰ *Ibidem*, Considerando 10.

⁵⁴¹ *Vid.* RGPD, Considerando 9, cuando afirma que *“Aunque los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos, ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada, ni la inseguridad jurídica ni una percepción generalizada entre la opinión pública de que existen riesgos importantes para la protección de las personas físicas, en particular en relación con las actividades en línea”*.

A priori, con los Considerandos, el objetivo del Reglamento de evitar normativa divergente no tiene sólo el propósito de que exista una mayor tutela del derecho a la protección de datos, sino que estos datos/información, importantes para muchos ámbitos estratégicos de la UE (como puede ser la economía, defensa,...), puedan circular libremente por los países comunitarios y que dicha circulación no pueda ser impedida por la legislación de alguno de los Estados miembros. Así, claramente se desprende del Considerando 9 cuando afirma que “(...) *Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros, pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión*”⁵⁴². Afirma desde el principio, como declaración de intenciones, que su objeto es “*la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales*”⁵⁴³, una protección uniforme que tiene por finalidad que todos los datos personales puedan ser conocidos en cualquier país de la UE —finalidad que aparece recogida en otros muchos Considerandos—⁵⁴⁴. Su intención es la de

⁵⁴² RGPD, Considerando 9.

⁵⁴³ RGPD, Considerando 1.

⁵⁴⁴ *Vid.* RGPD, Considerando 10: “*Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea. En lo que respecta al tratamiento de datos personales para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, los Estados miembros deben estar facultados para mantener o adoptar disposiciones nacionales a fin de especificar en mayor grado la aplicación de las*

buscar un adecuado funcionamiento del mercado europeo, sin falseamiento del mismo, ni competencias desleales.

Centrándonos en el objetivo de la protección de nuestros datos, el Reglamento nos ofrece su definición y contenido cuando establece que es el derecho a que las personas tengan “*el control de sus propios datos personales*”⁵⁴⁵, ya que, debido a los avances tecnológicos, “*difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial*”. Pero ese control, del mismo modo que lo fija la jurisprudencia examinada, es sólo sobre aquella información que identifique o permita identificar a una persona física⁵⁴⁶, “*en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre (...) o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*”⁵⁴⁷. Por ello, insistimos en que cualquier información que no cumpla estos parámetros podrá circular por la red y ser usada por quienes ejercen la libertad de información, aunque en este supuesto consideramos que no puede resultar afectada nuestra identidad; la cual sí se mostrará dañada cuando, además de identificarnos, la información ofrezca una visión nuestra distinta a quienes somos, cómo nos ven los demás y cómo queremos mostrarnos y que ha ido creando nuestra identidad digital.

normas del presente Reglamento. Junto con la normativa general y horizontal sobre protección de datos por la que se aplica la Directiva 95/46/CE, los Estados miembros cuentan con distintas normas sectoriales específicas en ámbitos que precisan disposiciones más específicas. El presente Reglamento reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales (“datos sensibles”). En este sentido, el presente Reglamento no excluye el Derecho de los Estados miembros que determina las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito”.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, Considerando 6.

⁵⁴⁶ Parafraseado del RGPD, art. 4. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (Consulta: 28/01/24).

⁵⁴⁷ RGPD, art. 4.

En este sentido, parafraseando a WOOD, A. F. y SMITH, M.J., consideramos que la identidad digital es, como ellos afirman, una estructura compleja que está integrada por la suma de tres elementos: quién creemos ser, cómo queremos que los demás nos “vean” y cómo nos “ven” realmente⁵⁴⁸. Y el segundo elemento, para nosotros se configura con los datos/información que aportamos (u otros aportan de nosotros) a la red.

Y continúan afirmando estos autores que [un aspecto importante de nuestra identidad es cómo nos presentamos ante los demás. Hasta cierto punto, podemos controlar lo que otros conocen de nosotros tomando algunas decisiones en la vida, toda vez que algunas características de nuestra identidad pueden ser predeterminadas por nosotros. En las interacciones cara a cara, la gente infiere cualidades basadas, entre otras, en ropa y otras características no verbales. (...) Las tecnologías de internet nos ofrecen la posibilidad de controlar más que antes aspectos de nuestra identidad, respecto del escrutinio público]⁵⁴⁹. Por tanto, la identidad digital está conformada por elementos elegidos/predeterminados por nosotros pero también, lógicamente, por elementos externos. En caso contrario estaríamos ante una visión hiperindividualista de la identidad digital que no compartimos y que no

⁵⁴⁸ Parafraseado de WOOD, A. F. y SMITH, M.J., *Online communication: linking technology, identity, and culture*, LEA, New Jersey, 2005, p. 51-77. En su obra dedican el capítulo 3 a "Forming online identities".

⁵⁴⁹ Traducción de WOOD, A. F. y SMITH, M.J., *obra cit.*, pp. 56-58. Páginas que se encuentran dentro del capítulo 3, "Forming online identities", y que los autores dedican a lo que ellos llaman "Performing identity on the internet". Afirmando que "an important aspect of identity is how we present ourselves to others. To some degree, we can control what others know of us by making some choices in life, yet certain qualities of our identities are predetermined for us. In face-to-face interactions, people infer qualities based on our gender, race, clothing, and other nonverbal characteristics. (...) Internet technologies offer us the possibility of controlling more aspects of our identity for public consideration than has been possible before".

se compadece con la configuración que se viene realizando de otros derechos, como puede ser el derecho al honor.

El derecho a la protección de datos, para su pleno ejercicio y efectividad, está integrado por otros derechos/facultades que, respetando el contenido fijado por la jurisprudencia, el Reglamento amplía. Así se reconoce en el Considerando 11 al afirmar que “*La protección efectiva de los datos personales en la Unión exige que se refuercen y especifiquen los derechos de los interesados y las obligaciones de quienes tratan y determinan el tratamiento de los datos de carácter personal*”⁵⁵⁰.

Esas facultades o derechos, que permiten el ejercicio del derecho a la protección de datos, están regulados en el capítulo III (arts. 12 y ss.) y son, entre otros, los siguientes: la transparencia de la información y comunicación al interesado (arts. 12-14)⁵⁵¹; el derecho de acceso de la persona interesada para saber si se están tratando sus datos⁵⁵²; el derecho de oposición⁵⁵³; el derecho de rectificación si la información es inexacta; así como el derecho de supresión si nos encontramos en alguno de los supuestos previstos en el artículo que lo regula, entre los que se

⁵⁵⁰ RGPD, Considerando 11. Y continúa afirmando que “*en los Estados miembros se reconozcan poderes equivalentes para supervisar y garantizar el cumplimiento de las normas relativas a la protección de los datos de carácter personal y las infracciones se castiguen con sanciones equivalentes*”.

⁵⁵¹ Vid. art. 12.1 RGPD: “*El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información (...) relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (...)*”.

⁵⁵² Vid. art. 15.1 RGPD: “*El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información (...)*”.

⁵⁵³ Vid. art. 21.1 RGPD: “*1. El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f) (...)*”.

encuentra el que el particular quiera eliminar la información o revocar el consentimiento ya prestado.

Por tanto, existe todo un desarrollo normativo que dota de un amplísimo contenido al derecho a la protección de datos, con medidas preventivas y normas sancionadoras. Lógicamente, la normativa va más lejos que la regulación contenida en el art. 18.4 CE y en el art. 8.1 de la Carta, toda vez que es al legislador a quien corresponde su desarrollo, como reiteradamente viene afirmando nuestro TC.

Respecto a la regulación efectuada por el legislador ordinario de la protección de datos en el ordenamiento jurídico español, se encuentra en la LOPD 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵⁵⁴; y que se dicta para “*adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016*”⁵⁵⁵. Es remarcable cómo, en el Preámbulo, se destaca la labor de los constituyentes, como *visionarios*, cuando introdujeron en el art. 18.4

⁵⁵⁴ Su precedente es la LORTAD 5/1992, de 29 de octubre. *Vid.* HEREDERO HIGUERAS, M., “La LORTAD y su futuro. La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, *Informática y Derecho*, UNED, Madrid, 1998, p. 1, cuando afirma que “La LO. 5/1992, de 29 de octubre, culminó un proceso de elaboración doctrinal y normativa que se remonta a 1976 y que tuvo varios hitos, en forma de proposiciones no de ley (1986), proposiciones de ley (1987,1988) y un proyecto del Gobierno (1984)”. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=264122>. (Consulta 26/01/24).

Posteriormente, se promulga la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre cuyo objeto no sólo es proteger el tratamiento que se realiza de los datos personales que los define, en su art. 3, como “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”; sino los “*derechos fundamentales (...) y especialmente (...) honor e intimidad personal y familiar*” (art. 1). Pero no hay ninguna referencia al derecho fundamental a la libertad de información. En este momento el legislador español todavía no reconoce la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos, ni que sea independiente de otros derechos fundamentales como honor o intimidad.

La vigente LO deroga la 15/1999: “*1. Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta*”. *Vid.* LOPD 3/2018, disposición derogatoria única. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>. (Consulta: 28/01/24).

⁵⁵⁵ LOPD, art. 1.

CE⁵⁵⁶ la referencia a la informática. No obstante, consideran que sería necesaria una reforma constitucional para una mejor adaptación de este precepto a la revolución digital actual⁵⁵⁷ y, sobre todo, para incluir como derechos fundamentales “una nueva generación de derechos digitales”⁵⁵⁸.

La finalidad de la vigente LOPD es “la concreción y desarrollo del derecho fundamental de protección de datos de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales”⁵⁵⁹, ante la “rápida evolución tecnológica”⁵⁶⁰, así como “garantizar los derechos digitales”⁵⁶¹. El legislador nacional desarrolla y amplía normativamente el derecho fundamental a la protección de datos⁵⁶², siempre bajo el

⁵⁵⁶ Vid. Preámbulo LOPD 3/2018, cuando afirma que “Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales”.

⁵⁵⁷ Vid. Preámbulo LOPD 3/2018, cuando afirma que “una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales”.

⁵⁵⁸ Ídem.

⁵⁵⁹ Ídem.

⁵⁶⁰ Vid. Preámbulo cuando dice que esta protección es consecuencia de “los retos planteados por la rápida evolución tecnológica y la globalización, que ha hecho que los datos personales sean el recurso fundamental de la sociedad de la información”.

⁵⁶¹ Vid. art. 1 cuando, refiriéndose al objeto de esta ley, afirma que es “a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones. El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica. b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución”.

⁵⁶² Vid. AEPD que nos ofrece la definición de dato personal: “Toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular, mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (Definición del Reglamento Europeo de Protección de Datos)”. Disponible en:

paraguas del contenido fijado jurisprudencialmente y por imperativo de la normativa comunitaria⁵⁶³. El eje de su regulación sigue siendo la prestación del consentimiento⁵⁶⁴ y un conjunto de derechos que garantizan su ejercicio. Entre estos últimos, en lo que afecta más directamente a la conciliación entre la protección de datos y la libertad de información, se encuentran el derecho de rectificación⁵⁶⁵ y el derecho de supresión⁵⁶⁶, que remiten su desarrollo a la normativa comunitaria.

Es necesario examinar la conciliación entre la protección de datos y la libertad de información para ver el amplísimo contenido que tiene el derecho a la protección de datos y cómo algunos de los subderechos o facultades que se integran en este último derecho juegan como límite de la libertad de información. Pero dejando en evidencia, la necesidad de seguir ampliando el contenido de la protección de datos con un nuevo derecho (derecho a la identidad digital) que, a su vez, será un nuevo límite de la libertad de información.

<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/guia-ciudadano.pdf>.(Consulta: 28/01/24).

⁵⁶³ Vid. Preámbulo LOPD 3/2018, cuando afirma que “*se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica*”. Así mismo se garantizan también, continúa señalando el art. 1 LOPD, “*los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución*”.

⁵⁶⁴ Vid. art. 6 que lleva por rúbrica “*Tratamiento basado en el consentimiento del afectado*” y que establece en su apartado 1 que “*(...) se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*”.

⁵⁶⁵ Vid. art. 14 que dispone que se ejercerá de conformidad con lo que establece, para este derecho, el RGPD en su art. 16.

⁵⁶⁶ Vid. art. 15 que dispone que se ejercerá de conformidad con lo que establece, para este derecho, el RGPD en su art. 17.

PARTE QUINTA

CONCILIACIÓN ENTRE PROTECCIÓN DE DATOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN. REFORMULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS AL AMPARO DE LA (R)EVOLUCIÓN DIGITAL

I. Conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información. La excepción periodística

1. A modo de premisa sobre los límites de la protección de datos

El derecho fundamental a la protección de datos, como los restantes derechos fundamentales, “*no es un derecho absoluto*”⁵⁶⁷, pues su ejercicio encuentra límites. No obstante, existe una importante discusión sobre cuáles son los límites, en general, de los derechos fundamentales”⁵⁶⁸. En la Constitución española existe una mención general a su existencia, que sí aparece regulada en el ámbito europeo en la CDFUE, art. 52.1, cuando dispone que “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*”⁵⁶⁹. No obstante, nuestra Constitución sí regula la existencia de límites a los derechos en diversos preceptos; y, de manera general, establece el respeto al contenido esencial cuando se desarrollen legislativamente los derechos. Así se pronuncia el art. 53.1 CE, que dispone que “*Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su*

⁵⁶⁷ STJUE de 12 de enero de 2023, asunto C-154/21. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A3044236BDF66B2C5A843D15F32FC3AE?text=&docid=269146&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=54277>. (Consulta: 28/01/24).

⁵⁶⁸ Vid. DE DOMINGO PÉREZ, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

⁵⁶⁹ Vid. art. 52.1 CDFUE: “*1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*”.

contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)”.

En lo que respecta a la protección de datos, el TC se pronuncia afirmando que este derecho “*no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos (...) no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*”⁵⁷⁰. A su vez, los encontrará también en la ley, toda vez que “*la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. 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*”⁵⁷¹.

Por ello, no disponemos de un poder ilimitado para garantizar el derecho a la protección de datos cuando intentamos conciliarlo con otros derechos fundamentales, como podría ser el derecho a la libertad de información. Es al legislador ordinario al que le corresponde fijar los límites de este derecho, tal y como hemos señalado que dispone la CDFUE y nuestro TC. Este último hace hincapié en dicha cuestión señalando que “*la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y (...) al derecho fundamental a la protección de datos y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son*

⁵⁷⁰ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

⁵⁷¹ *Ídem.*

*otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional*⁵⁷².

Por tanto, los límites del derecho a la protección de datos deben ser fijados por las leyes y respetar su contenido esencial. Y esos límites a este derecho deben caracterizarse, como se desprende de lo expuesto, por la necesidad de los mismos para la finalidad pretendida; por la aplicación del principio de proporcionalidad⁵⁷³; por el respeto al contenido esencial; y, al mismo tiempo, por el hecho de que esos límites legalmente previstos deben acatar, según la jurisprudencia constitucional, los límites constitucionales que son, en el presente caso, los que surgen de la coexistencia con el derecho a la libertad de información.

2. La excepción periodística como límite

2.1. Regulación en el RGPD y en la LOPDGDD

En la línea marcada por la jurisprudencia, la CE y la CDFUE, el RGPD no establece la primacía de la protección de datos sobre ningún otro derecho, sino que señala que debe “*mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales*”⁵⁷⁴. E insiste en esta idea cuando afirma su respeto a “*todos los derechos fundamentales*”⁵⁷⁵, y hace expresa

⁵⁷² STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

⁵⁷³ Vid. MARISCAL RIVERA, M.P., “Aplicación del test proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho civil”, *Revista de Derecho de la UNAP*, vol. 4, n.º 2, UNAP, Perú, 2019, p. 159, cuando afirma, refiriéndose a los límites o restricciones a los derechos, que deben ser “proporcionales en sentido estricto, es decir, (...) que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce”. Disponible en: <https://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/50/50>. (Consulta: 31/03/24).

⁵⁷⁴ RGPD, Considerando 4.

⁵⁷⁵ *Ídem*.

mención a “*la vida privada y familiar*”⁵⁷⁶ y a la “*libertad de expresión y de información*”⁵⁷⁷. Por tanto, considera que la protección de datos, como cualquier otro derecho, es un derecho limitado y que esos límites pueden surgir de su coexistencia con otros derechos como la privacidad, que no identifica con la protección de datos, ya que no hay una exacta identidad entre ambos; o bien de su colisión con la libertad de información.

Para ello, el Reglamento impone la obligación de armonizar la protección de datos con la libertad de información, y establece la previsión de exenciones o excepciones a las normas generales de regulación de la protección de datos. Así lo dispone en su Considerando 153⁵⁷⁸ y en el art. 85 cuando afirma que “*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 información, incluido el tratamiento con fines periodísticos (...)*”⁵⁷⁹. Y “*2. Para el tratamiento realizado con fines periodísticos (...) los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones (...) si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información*”⁵⁸⁰⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ *Ídem.*

⁵⁷⁷ *Ídem.*

⁵⁷⁸ *Vid. Considerando 153: “El Derecho de los Estados miembros debe conciliar las normas que rigen la libertad de expresión e información, incluida la expresión periodística (...) con el derecho a la protección de los datos personales con arreglo al presente Reglamento. El tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos (...) 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”.*

⁵⁷⁹ RGPD, art. 85.

⁵⁸⁰ *Ídem.*

Esta previsión de establecer por ley excepciones para ejercer la libertad de información, es consecuencia lógica de que ningún derecho tiene carácter ilimitado. Si tuviéramos que aplicar toda la normativa europea y nacional en materia de protección de datos a la labor periodística⁵⁸², nos encontraríamos que no se podría ejercer el derecho a la libertad de información. La aplicación íntegra de la citada regulación “imposibilitaría completamente el ejercicio de estos derechos y libertades, cercenando las libertades informativas, indisolublemente ligadas al pluralismo en las sociedades democráticas”⁵⁸³. Baste para acreditar dicha dificultad, ver el contenido del art. 17.1 y 2 RGPD⁵⁸⁴ que

⁵⁸¹ *Vid., en este mismo sentido, el Considerando 37 y art. 9 de la Directiva 95/46/CE, derogada por el RGPD vigente. Considerando 37: “Considerando que para el tratamiento de datos personales con fines periodísticos o de expresión artística o literaria, en particular en el sector audiovisual, deben preverse excepciones o restricciones de determinadas disposiciones de la presente Directiva siempre que resulten necesarias para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones”.*

Y en cuanto a nuestra derogada LOPD, no recogió esta excepción con fines periodísticos.

⁵⁸² Usamos el término labor/actividad periodística como sinónimo de labor/actividad informativa. Incluimos a quienes ejercen el derecho fundamental a la libertad de información, ya sean periodistas profesionales, como ciudadanos que ejercen el llamado periodismo ciudadano. Y ello porque ni el art. 20.1 d) CE, ni el art. 11 CDFUE impiden que se pueda ejercer el derecho a la libertad de información por quienes no son periodistas profesionales.

⁵⁸³ MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J., “XXXII. Tratamiento de datos y libertad de expresión e información”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 589.

⁵⁸⁴ RGPD, art. 17: “1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) f) 2. los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal

regula el derecho de supresión o derecho al olvido. Todo el borrado que se permite, impediría la actividad periodística. Por ello el art. 17.3 RGPD establece que no se aplicará el borrado que regulan los dos primeros apartados, cuando se ejerza la libertad de información. Es necesaria, por tanto, la previsión que realiza el Reglamento porque, en caso contrario, no sólo estaríamos abocando a quienes ejercen la libertad de información prácticamente a su desaparición⁵⁸⁵ en esta era tecnológica, de acceso a multitud de datos; sino que estaríamos restringiendo de tal manera el derecho fundamental a la libertad de información, que casi quedaría “borrado”.

Para la coexistencia de estos dos derecho fundamentales⁵⁸⁶, se deja en manos de los legisladores nacionales el establecimiento de los límites al derecho a la protección de datos. Esto tiene sentido por aplicación, al menos, del principio de subsidiariedad⁵⁸⁷ que rige en la UE en el ámbito de ejercicio de las competencias⁵⁸⁸. De tal manera que las

establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos”.

⁵⁸⁵ En este mismo sentido *vid.* MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J., *obra cit.*, p. 591, cuando afirma que “si no se establecen, como prevé expresamente el RGPD, excepciones y exenciones a esas exigencias generales, sería extremadamente dificultoso el ejercicio de la profesión periodística (...) ya que es de suponer que aquéllos sobre quienes se están desarrollando investigaciones o publicando noticias no consentirían fácil y voluntariamente la captación de sus imágenes o el uso de otros datos que les conciernan para su difusión en prensa”.

⁵⁸⁶ Regulados, respectivamente, en los arts. 8.1 y 11 CDFUE.

⁵⁸⁷ *Vid.* TUE, Preámbulo. En él se afirma que uno de sus objetivos es que “*las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad*”.

⁵⁸⁸ *Vid.* TUE, art. 5.1: “*El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*”.

decisiones sobre la conciliación entre dos derechos fundamentales se tienen que tomar por los legisladores más cercanos a la ciudadanía del territorio al que han de afectar⁵⁸⁹. Pero como esto no siempre es lo más adecuado para los fines de la UE, ésta, aplicando no el principio de subsidiariedad expuesto, sino “la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial”⁵⁹⁰, “asigna la competencia (...) a la institución que pueda alcanzar mejor los objetivos perseguidos, aunque no sea la institución más cercada a la ciudadanía”⁵⁹¹.

En el supuesto examinado, el Reglamento impone a los Estados que concilien estos dos derechos en juego y resuelvan los conflictos. Es cierto que podría haber regulado él la materia para evitar normas contradictorias, pero aplicó el principio de subsidiariedad expuesto que nos parece correcto. Por tanto, resulta necesario que las excepciones a la protección de datos sean recogidas por las distintas legislaciones, para evitar que el derecho a la protección de protección de datos se convierta en un “derecho absoluto” frente al trabajo periodístico realizado en el ejercicio del derecho a la libertad de información.

⁵⁸⁹ Por tanto, se concede margen de actuación a los legisladores de los Estados miembros. En este sentido *vid.* RGPD, Considerando 10, que establece que “*El presente Reglamento reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas*”.

En este mismo sentido lo recoge GARCÍA MEXÍA, P., cuando afirma: “II. La singular naturaleza jurídica del Reglamento general de protección de datos de la UE. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 26, cuando afirma, refiriéndose a la homologación de la normativa en la UE, que un “factor de homologación reside en el hecho de que el RGPD concede -y uso su misma terminología- amplios “márgenes de maniobra” a los Estados para concretar a escala nacional sus disposiciones”.

⁵⁹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., “La subsidiariedad en la UE”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n.º 31, Universidad de Granada, Granada, 2019, p.2, Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7065569>. (Consulta: 31/03/24).

⁵⁹¹ *Ídem*.

No obstante, sí podemos extraer del Reglamento algunas excepciones periodísticas a la normativa general de protección de datos. Se trata de excepciones que encontramos cuando el Reglamento recoge el derecho de supresión (o derecho al olvido) en el art. 17.3 a), en el que afirma que no se podrá ejercer esta facultad de supresión si estamos ante la elaboración de una noticia en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información⁵⁹². No podremos suprimir, sin más, una noticia elaborada por quienes ejercen la libertad de información. En concreto, señala el precepto citado que no se aplicará “(...) cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de (...) información”⁵⁹³. Y en el mismo sentido se pronuncia el Considerando 65 RGPD⁵⁹⁴, refiriéndose al derecho al olvido, al afirmar que “Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información”⁵⁹⁵. No obstante, habrá que estar a lo que establezcan las distintas legislaciones nacionales para concretar estas excepciones generales.

⁵⁹² Un ejemplo lo encontramos en la STS, sala de lo contencioso, 1401/2024, de 4 de marzo. Que desestima el recurso de casación interpuesto por los herederos de una persona fallecida y cuyos datos personales aparecían asociados a un juicio militar contra un reconocido poeta español. La STS, FJ5, afirma que “*El derecho de supresión (derecho al olvido) de los datos de una persona fallecida está reconocido en nuestro ordenamiento. Pero, la singularidad que implica que el derecho de supresión se ejercite respecto de datos personales correspondientes a una persona fallecida no suprime la necesidad de ponderar la protección de datos del difunto con otros derechos y libertades en conflicto a la luz de nuestras normas y de la jurisprudencia existente. Alegada la inexactitud parcial de una información que afecta a una persona fallecida, y que aparece incorporada a una investigación histórica y científica, la exigencia de exactitud de lo afirmado se aminora y debe ponderarse también la trascendencia de la inexactitud en el conjunto de la información aparecida*”.

⁵⁹³ RGPD, art. 17.3 a).

⁵⁹⁴ También podríamos entender incluida la labor periodística entre las excepciones previstas en otros artículos del Reglamento y a las que también se refieren los Considerandos 39, 45, 47 y 50.

⁵⁹⁵ RGPD, Considerando 65.

Nos llama la atención que el Reglamento primero diga que la UE no va a regular las excepciones periodísticas y luego sí establezca algunas. Ello no implica una extralimitación, toda vez que se está conjugando el principio de subsidiariedad, de acercar las decisiones lo máximo posible a la ciudadanía a la que afectan y, por otro, la necesidad de evitar la inseguridad jurídica con múltiples legislaciones nacionales. Simplemente fija unas reglas generales que deben contener todas las legislaciones nacionales y, a partir de ahí, sobre esos mínimos, cada Estado debe proceder a fijar sus propias excepciones periodísticas.

Debemos examinar igualmente nuestra LOPDGDD, toda vez que es al legislador nacional al que se le atribuye la obligación de regular las excepciones al ejercicio de la libertad de información⁵⁹⁶. Aunque en el Preámbulo de esta ley no se menciona expresamente la obligación de conciliar el derecho a la protección de datos con la libertad de información —conciliación impuesta por el Reglamento—, lo cierto es que sí se alude indirectamente a ella cuando habla de masiva difusión de datos, de sociedad de la información o de medios de comunicación digitales⁵⁹⁷. Pero, en ningún caso, la LOPDGDD le dedica un apartado concreto y detallado al establecimiento de las excepciones periodísticas, y tampoco las regula expresamente de manera dispersa. Lo que sí encontramos, como hemos señalado, son algunas referencias a la necesidad de conciliación a lo largo de su articulado, pero sin establecer la excepción periodística. Y tampoco hallamos, en ningún otro texto, la alusión a una posterior regulación.

El legislador ordinario no ha cumplido, pues, con la previsión reglamentaria de regular la conciliación entre la protección de datos y la

⁵⁹⁶ El RGPD impone la obligación de regular la excepción/excepciones periodísticas al legislador nacional, pero ello no obsta para que se establezcan las mismas por los Tribunales.

⁵⁹⁷ Parafraseado del Preámbulo LOPDGDD 3/2018.

libertad de información. Y a ello podríamos añadir, la escasa tradición que existe en nuestro país de establecer límites a la libertad de expresión en general, lo que podemos aplicar a la libertad de información. En cualquier caso, en este momento y quizás por las razones expuestas, se ha dejado en manos de los tribunales el juicio de la ponderación, cuando entren en conflicto la protección de datos y la libertad de información. No obstante, creemos que es mejor que se elabore una regulación normativa que conlleve seguridad jurídica, sin perjuicio de que, lógicamente, cuestiones concretas se diriman en los tribunales.

Antes de entrar de lleno en las excepciones periodísticas, debemos precisar que ninguna de las dos normativas (ni comunitaria, ni nacional), hacen referencia al periodismo ciudadano. No obstante, consideramos que cuando en ellas se habla de fines periodísticos o excepciones periodísticas, incluyen el periodismo profesional y ciudadano. Toda vez que, por un lado, el periodismo ciudadano no está expresamente exceptuado y, por otro, ni la CE, ni la CDFUE excluyen del ejercicio de la libertad de información a quienes no son periodistas profesionales. Y lo expuesto será posible siempre que los ciudadanos ejerzan la libertad de información con los mismos requisitos previstos, en la legislación examinada, para los periodistas profesionales. En todo caso, siempre que los periodistas no profesionales excedan el ámbito de la excepción doméstica prevista en la normativa.

Del contenido del Reglamento y de la LOPDGDD —en la que no se ha regulado la excepción periodística—, parece desprenderse que tendremos que aplicar íntegramente la normativa general sobre protección de datos cuando se traten datos personales en el ejercicio de una actividad informativa. Normativa general respecto a la cual deberán tenerse en cuenta las excepciones periodísticas que sí están previstas en

el Reglamento y que, de manera indirecta y dispersa, recoge nuestra ley orgánica. Por tanto, la normativa que deben cumplir quienes ejercen la libertad de información es, desde nuestro punto de vista, la contenida en ambas normativas en el siguiente sentido, y ello sin perjuicio de lo que resuelvan los Tribunales para todas las demás cuestiones no previstas en ella y que ya han venido realizando:

a) En cuanto al ámbito de aplicación de la normativa, abarca también a la actividad periodística⁵⁹⁸. No hay excepciones a la normativa general, tal y como se desprende de los arts. 1 y 2 LOPDGDD y arts. 1 y 2 RGPD⁵⁹⁹. Así, se aplicarán ambas normas a cualquier tratamiento de datos personales que realice quien ejerza la libertad de información, de personas físicas, incluidos o que vayan a incluirse en un fichero, y que permitan identificar a una persona, ya nos encontremos ante un tratamiento automatizado o no, total o parcial⁶⁰⁰.

b) En un momento anterior a la sociedad digitalizada en la que vivimos, podríamos pensar que esta normativa no sería aplicable a los periodistas (profesionales o no), toda vez que exige que los datos

⁵⁹⁸ Que debe entenderse en el sentido reiteradamente expuesto.

⁵⁹⁹ Vid. arts. 1 y 2 LOPDGDD y arts. 1 y 2 RGPD.

⁶⁰⁰ Extraído de los arts. 1 y 2 LOPDGDD y arts. 1 y 2 RGPD. Vid. art. 4 RGPD, que explica los conceptos de datos personales, tratamiento y ficheros. Así, “1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona; 2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción; (...) 6) «fichero»: todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”.

estén (o vayan a estar) en ficheros. Sin embargo, en la era de la revolución tecnológica ni siquiera cabe su planteamiento. Sin perjuicio de que en la actualidad los medios de comunicación son titulares de ficheros. “Aunque originariamente no lo fueran, lo cierto es que con el pasar de los años y la implantación (...) de medidas informáticas y mejoras técnicas, en la actualidad los medios de comunicación social (muy particularmente los medios digitales) son por norma general titulares de ficheros en los que se incorporan «datos de carácter personal» de personas físicas”⁶⁰¹. Además, el fichero puede estar hoy día en cualquier soporte del que disponen, con facilidad, tanto periodistas profesionales como ciudadanos.

c) Respecto a los titulares de los datos, también se aplica la normativa general que sólo incluye a personas físicas vivas mayores de edad.

En cuanto a las personas fallecidas, tampoco hay excepción. Quienes ejercen la libertad de información sí podrán elaborar noticias sobre ellas, toda vez que el Reglamento no se aplica a los datos personales de las mismas⁶⁰², no son titulares del derecho a la protección de datos, como se desprende del art. 2 LOPDGDD, que establece que del ámbito de aplicación de esta ley orgánica se excluyen “*los tratamientos de datos de personas fallecidas*”⁶⁰³. Y ello porque “la personalidad se extingue con la muerte”⁶⁰⁴. No obstante, con carácter general, sí se

⁶⁰¹ MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J., *obra cit.*, pp. 589-590.

⁶⁰² RGPD, Considerando 27: “*El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas*”.

⁶⁰³ LOPDGDD, art. 2.

⁶⁰⁴ CAVERO MOCHALES, N., “Artículo 2. Ámbito de aplicación de los Títulos I a IX y de los artículos 89 a 94”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, p. 55. *Vid.* pp. 57-58, cuando afirma que “Esta exclusión encuentra sentido (...), en el art.

podrán dirigir a quien ejerce la libertad de información las personas vinculadas al fallecido y ejercitar los derechos de acceso, rectificación o supresión⁶⁰⁵. En cuanto a la posibilidad de rectificación y supresión de las noticias que traten los datos de los fallecidos, habrá que estar a la misma regulación que si se tratara de personas vivas.

Respecto a los menores de edad, se aplica de nuevo la normativa general. No podrán los medios de comunicación tratar los datos de los menores de edad sin el requisito del consentimiento en los términos que establece el art. 7 LOPDGDD. Si es mayor de catorce años bastará su sólo consentimiento, salvo que el “*acto o negocio jurídico*”⁶⁰⁶ requiera que estén asistidos de quienes ostenten la patria potestad o tutela. Y si es menor de catorce años, es necesario el consentimiento del menor y de los titulares de la patria potestad o tutela⁶⁰⁷. En el RGPD, el consentimiento de los menores de edad está previsto en el art. 8, donde se establece la edad de 16 años para prestarlo solos. Y ello sin perjuicio de que “*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años*”⁶⁰⁸. Pero, en cualquier caso, “más allá del debate acerca del criterio cronológico de la edad (...),

32 del Código Civil, el cual establece que «la personalidad se extingue por la muerte de las personas». Si tenemos en cuenta que el derecho a la protección de datos es un derecho personalísimo, que otorga a la persona un poder de disposición y control sobre sus datos personales, tiene sentido que al extinguirse la personalidad desaparezca también su capacidad de decisión sobre sus datos personales y, en consecuencia, el ámbito de protección”.

⁶⁰⁵ LOPDGDD, art. 3: “1. *Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión. Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante*”.

⁶⁰⁶ LOPDGDD, art. 7.

⁶⁰⁷ Parafraseado del art. 7 LOPDGDD.

⁶⁰⁸ RGPD, art. 8.

lo realmente significativo será cómo dar efectivo cumplimiento a dicha normativa”⁶⁰⁹.

d) Sobre la recogida de los datos obrantes en el fichero y el tratamiento de los mismos, entendemos que es de aplicación la normativa general, pero aquí sí encontramos excepciones periodísticas. De este modo, los datos personales deben ser tratados “*de manera lícita, leal y transparente*”⁶¹⁰. Ha de tenerse en cuenta que la licitud se refiere a la exigencia, como regla general, del consentimiento del titular de los datos con las excepciones previstas en el art. 6 RGPD. En concreto, la licitud implica, o bien la prestación del consentimiento o, en caso contrario, que concurra cualquiera de los supuestos del citado artículo y entre ellos podríamos considerar incluida la actividad informativa cuando habla de que el tratamiento resulte necesario “*para la satisfacción de intereses legítimos*”⁶¹¹ o “*para el cumplimiento de una misión realizada en interés público*”⁶¹². Al interés público se refiere también el art. 8.2 LOPDGDD, del que se señala que es aquel interés que “*derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley*”⁶¹³, como es el supuesto del derecho fundamental a la libertad de información, que encuentra su regulación en el art. 20.1 d) CE.

La idea de que en el concepto de “interés legítimo” se puede encontrar la actividad periodística, la confirma un grupo de trabajo de la UE⁶¹⁴. Este grupo, refiriéndose a la derogada Directiva 95/46/CE, señala

⁶⁰⁹ DE LAS HERAS VIVES, L. y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, p. 76.

⁶¹⁰ RGPD, art. 5.1 a).

⁶¹¹ RGPD, art. 6.1 f).

⁶¹² RGPD, art. 6.1 e).

⁶¹³ LOPDGDD, art. 8.2.

⁶¹⁴ GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29.

una lista de actividades que entrarían dentro del concepto de interés legítimo, y entre ellas hace referencia, en primer lugar, al “*ejercicio del derecho de libertad de expresión o información, incluidas las situaciones en las que se ejerza dicho derecho en los medios de comunicación*”⁶¹⁵. No obstante, consideramos que encuentra mejor encaje la actividad periodística en la referencia que la normativa general realiza al “interés público”.

e) Y, a su vez, los datos deben ser “*recogidos con fines determinados*”⁶¹⁶, fines que pueden ser informativos. Es decir, que los datos personales pueden haber sido recopilados por quienes ejercen la libertad de información sin el consentimiento del titular⁶¹⁷, resultado de la labor periodística⁶¹⁸ (por ejemplo, obtenidos a través de redes sociales sin vulnerar otros derechos). Y aunque el consentimiento es uno de los principios rectores del tratamiento de datos⁶¹⁹, el propio Reglamento establece como excepción, para que no sea necesario el mismo, el que se realice “*con fines periodísticos*”⁶²⁰. Entendiendo que bastaría la finalidad periodística para evitar la obtención del consentimiento expreso del titular de los datos que lógicamente, como ya hemos expuesto, sería difícil de obtener y, además, haría inútil ciertas informaciones.

⁶¹⁵ GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 6/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*, UE, 2014, p. 30. En la p. 29 señala, refiriéndose a la lista de actividades incluidas en el citado concepto, que “*es una lista no exhaustiva*” que puede incluir más actividades.

⁶¹⁶ RGPD, art. 5.1 b).

⁶¹⁷ El consentimiento es la regla general que impera en la normativa, tal y como se desprende del art. 6 RGPD. *Vid.* ADSUARA VARELA, B., “X. El consentimiento”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 151-169.

⁶¹⁸ En el sentido de ejercicio de la libertad de información.

⁶¹⁹ *Vid.* art. 6 LOPDGDD.

⁶²⁰ RGPD, art. 85.

Sin embargo, para que el tratamiento de datos, recogidos sin consentimiento, sea lícito, consideramos necesario que se ejerza una función de “*interés público*”⁶²¹, entendiéndose por tal, de conformidad con el art. 8.2 LOPDGDD “*cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley*”⁶²². Es decir, como ya hemos expuesto, la libertad de información regulada en la Constitución.

Por tanto, el derecho a la protección de datos cede ante la libertad de información cuando los datos obtenidos por quienes ejercen la libertad de información lo hayan sido sin consentimiento del titular y se elabore con ellos una noticia, en el ejercicio de la libertad de información, que resulte de interés público; bien porque la noticia tenga relevancia pública, aunque no la tenga la persona a la que se refiera; o porque tenga relevancia pública la persona objeto de la información. Y a su vez, de toda la normativa general resulta que “lo publicado no debe desvelar innecesariamente datos personales o datos que no resulten significativos para la información”⁶²³.

f) En el tratamiento de los datos, los periodistas deben tener en cuenta otros principios que están recogidos en la normativa general, si bien con algunas excepciones.

Estos principios exigen que los datos que traten sean “*exactos y, si fuera necesario actualizados*”⁶²⁴, adoptándose “*todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos*”⁶²⁵ que sean inexactos. Este “principio de exactitud exige dos condiciones para su cumplimiento. Por una parte, que los datos personales estén al

⁶²¹ RGPD, art. 6 y LOPDGDD, art. 8.2.

⁶²² LOPDGDD, art. 8.2.

⁶²³ PAUNER CHULVI, C., “La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, *Teoría y realidad constitucional*, UNED, 2015, p. 389.

⁶²⁴ RGPD, art. 5.1 d) y LOPDGDD, art. 4.1.

⁶²⁵ RGPD, art. 5.1 d) y LOPDGDD, art. 4.2.

día (...) actualizados y no respondan a una situación anterior a la de recogida de los mismos y, por otra, que sean exactos”⁶²⁶, es decir, reales.

En cuanto al principio de exactitud, es lógica la exigencia de veracidad de los datos, en el sentido de verdad objetiva; que éstos coincidan con la realidad del titular de los mismos. No obstante, debemos tener en cuenta que el ejercicio de la libertad de información exige veracidad subjetiva, tal y como ha venido manteniendo nuestra jurisprudencia. Es decir, que la información sea veraz, concepto jurídico que no se puede identificar con información verdadera.

Aun así, consideramos aplicable la normativa general, en este punto, a la labor periodística. Y, por tanto, nos podemos enfrentar a una noticia que trate datos inexactos, pero cuyo sujeto emisor los ha usado en el ejercicio de su derecho a la libertad de información. Dicha inexactitud debemos afrontarla desde dos perspectivas. Por un lado, el tratamiento de los datos inexactos está amparado por la normativa general y deben ser rectificadas lo antes posible para adaptarlos a la realidad, a la verdad objetiva que es la que prima. Y, por otro lado, y sin ser incompatible con lo anterior, quien ejerce la libertad de información está amparado por la verdad subjetiva o veracidad, lo que implica que si ha ejercido su derecho fundamental con los requisitos jurisprudencialmente exigidos de comprobación de la veracidad objetiva con la diligencia debida, no incurrirá en ningún tipo de responsabilidad. Por tanto, prima la verdad objetiva debiendo adaptarse la noticia a ella; y sin embargo, la veracidad ampara a quien ejerce la libertad de información, que habrá actuado con la diligencia exigida por la jurisprudencia constitucional.

⁶²⁶ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Artículo 4. Exactitud de los datos”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, pp. 63-65.

En cuanto al principio de actualización, está íntimamente unido a la exactitud, toda vez que esos datos tratados en una noticia puede que fueran ciertos en un momento anterior a su recogida o a su tratamiento, pero si ahora no lo son, la consecuencia es que la noticia no responde a la realidad, no estaremos ante una veracidad objetiva. También esa noticia desactualizada debe ser rectificadora aplicando la normativa general.

g) En garantía de estos principios de exactitud y actualización, la normativa otorga derechos a los titulares de los datos, como son el derecho de rectificación y el derecho de supresión o derecho al olvido. Este último contiene una excepción periodística expresa para la conciliación del derecho a la protección de datos y la libertad de información. Así:

- El derecho de rectificación está regulado en los arts. 4 y 14 de la LOPDGDD. En el art. 4 se regula la rectificación de oficio, debiendo realizarse ésta con celeridad. “Esta obligación debe ser cumplida con suma diligencia y, desde el momento en que se tiene conocimiento de la existencia de un dato inexacto, hay obligación de modificarlo y corregirlo en el mínimo tiempo posible”⁶²⁷. Por su parte, en el art. 14 LOPDGDD⁶²⁸ se regula la rectificación a instancia del interesado, señalando el precepto los requisitos necesarios para su ejercicio. Asimismo, el Reglamento regula este derecho en el art. 16, siendo también bastante escueto en su redacción. No obstante, el Reglamento

⁶²⁷ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *obra cit.*, p. 64.

⁶²⁸ LOPDGDD, art. 14: “Al ejercer el derecho de rectificación reconocido en el artículo 16 del Reglamento (UE) 2016/679, el afectado deberá indicar en su solicitud a qué datos se refiere y la corrección que haya de realizarse. Deberá acompañar, cuando sea preciso, la documentación justificativa de la inexactitud o carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento”.

incluye en el mismo precepto tanto el derecho de rectificación como la posibilidad de actualización de los datos.

El derecho de rectificación, que incluye a su vez el “*derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos*”⁶²⁹, es una de las facultades que integran el contenido del derecho a la protección de datos que, aunque no ha variado su contenido, “el avance de las nuevas tecnologías y la digitalización de la sociedad y de las empresas ha requerido la revisión y adaptación de la normativa a la nueva Era digital, incluyendo (...) la adición de nuevos derechos”⁶³⁰, entre los que se encuentran los examinados en este apartado.

El derecho de rectificación permite a la persona controlar sus datos y que éstos siempre respondan a la verdad objetiva. Es decir, que, de oficio o a su instancia, se eliminen los datos falsos. Este derecho de rectificación, como hemos puesto de manifiesto, no recoge ninguna excepción periodística. No obstante, entendemos que la conciliación entre los derechos a la protección de datos y a la libertad de información imponen que este derecho no pueda ejercitarse, *a priori*, antes de que la noticia se haya publicado. Y ello porque sería contrario, al menos, al propio contenido del derecho fundamental a la libertad de información que prohíbe cualquier “*tipo de censura previa*”⁶³¹.

- El derecho de supresión está regulado en el art. 15 LOPDGDD, que remite para su ejercicio a la regulación contenida en el art. 17 RGPD, y al que también denomina derecho al olvido. Sin embargo, este derecho sí

⁶²⁹ Disponible en:

[\(https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-rectificacion\)](https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-rectificacion).(Consulta: 29/01/24).

⁶³⁰ ÁLVAREZ CARO, M., “XIV. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 229-230.

⁶³¹ Vid. art. 20.2 CE: “*El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*”.

contiene de manera expresa una excepción periodística, toda vez que el mismo no podrá ejercerse por el titular de los datos cuando el tratamiento se ha realizado en el ejercicio del “*derecho a la libertad de expresión e información*”⁶³². Por tanto, una noticia elaborada por quienes ejercen la libertad de información, cuyos datos se hayan obtenido sin el consentimiento de su titular y que verse sobre persona pública o sea de interés público, no podrá eliminarse si los datos son exactos. Y es aquí cuando surge el problema de que dicha noticia, con datos reales, no ofrezca una visión de nosotros mismos acorde con nuestra identidad. Entendiendo la identidad en el sentido que hemos venido exponiendo, de lo que pensamos de nosotros, lo que los demás piensan y la realidad que queremos mostrar/ofrecer a los demás.

Aunque el art. 15 LOPDGDD contiene el reconocimiento general al derecho al olvido, la regulación concreta está prevista en los arts. 93 y 94 de la Ley Orgánica:

- Un derecho al olvido en redes sociales y servicios equivalentes, regulado en el art. 94 LOPDGDD: que prevé la supresión de datos personales que los interesados, o terceros, hayan aportado a la red. Este precepto, como el resto de su articulado y del RGPD, no se aplica cuando las redes sociales son usadas por particulares para actividades exclusivamente personales; personas físicas que no realizan, por ejemplo, una actividad periodística —que no ejercen el llamado periodismo ciudadano—. En ese supuesto jugaría la llamada excepción doméstica, toda vez que el RGPD no se aplica al tratamiento de los datos que un particular realiza en redes sociales si es “*en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*”⁶³³.

⁶³² RGPD, art. 17.3 a).

⁶³³ RGPD, art. 2.2 c).

En la actualidad nos encontramos con redes sociales usadas por los medios de comunicación para interactuar con los usuarios y acercar sus noticias a la ciudadanía. Pero, también, con usuarios que actúan de periodistas, ejerciendo el llamado periodismo ciudadano, al que venimos refiriéndonos. Si los ciudadanos actúan en el ejercicio de la libertad de información no sería de aplicación la excepción doméstica.

En todo caso, para que proceda este borrado de datos en redes sociales es necesario que los datos sean *“inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información”*⁶³⁴.

- Un derecho al olvido en las búsquedas de internet, regulado en el 93 LOPDGDD y que sólo permite que se supriman, de las listas de resultados de los motores de búsqueda, los enlaces que contengan información de una persona, si bien únicamente cuando la búsqueda se ha realizado por el nombre⁶³⁵, y cuando los enlaces sean *“inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo”*⁶³⁶. Este artículo reproduce la jurisprudencia europea y nacional sobre el derecho al olvido⁶³⁷ y, por tanto, sólo elimina datos de los motores de búsqueda, pero no la información de los sitios web, y tampoco los enlaces si la búsqueda se hace con un criterio distinto al nombre⁶³⁸. En todo caso, en este punto se aplica la excepción periodística, prevaleciendo la libertad

⁶³⁴ LOPDGDD, art. 94.2.

⁶³⁵ Parafraseado del art. 93 LOPDGDD.

⁶³⁶ LOPDGDD, art. 93.

⁶³⁷ STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD y otro. Y STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio.

⁶³⁸ Parafraseado del art. 93.2 LOPDGDD.

de información cuando el tratamiento sea necesario para ejercer este derecho.

2.2. Acercamiento al derecho comparado. “Journalistic exemption” en el Reino Unido

La inclusión de la excepción periodística en las normativas de los países miembros de la UE es dispar. En la actualidad, como ya ocurría en aplicación de la anterior Directiva⁶³⁹, gran parte de los Estados miembros la incluyen, con mayor o menor amplitud; si bien hay otros países, entre ellos Croacia o España⁶⁴⁰, que no la regulan en su normativa sobre protección de datos, ni remiten a un texto posterior para su tratamiento.

No obstante, merece especial atención la normativa del Reino Unido. Aunque ya no forme parte de la UE, siguen aplicando el RGPD con algunas modificaciones⁶⁴¹, y posee una regulación muy detallada de

⁶³⁹ Vid. PAUNER CHULVI, C., *obra cit.*, p. 386. Esta autora realiza un estudio sobre la aplicación de la excepción periodística en los países de la UE. Estudio publicado en el año 2015 y, por tanto, anterior al vigente RGPD, pero que no ha perdido virtualidad. En él se afirma que “Las legislaciones nacionales de los Estados miembros van desde el reconocimiento de la primacía general de la libertad de expresión mediante amplias excepciones a los medios limitándose a imponerles el cumplimiento de las medidas de seguridad de los ficheros y las normas sobre responsabilidad como ocurre en Dinamarca, Finlandia o Suecia hasta aquellos sistemas que someten a la información periodística a restricciones previas con el objetivo de salvaguardar el derecho de *habeas data* de los particulares como es la situación actual en Hungría, Eslovenia o Eslovaquia pasando por países que aprovechan códigos deontológicos para encontrar un equilibrio entre las exigencias de protección de datos y la libertad de expresión e información como es el caso de Alemania, Italia o Reino Unido. Alemania los emplea para contrarrestar algunas excepciones muy amplias mientras que los códigos de prensa en Italia y Reino Unido puntualizan las generosas exenciones de su normativa sobre protección de datos en un sentido más restrictivo”.

⁶⁴⁰ Como ya ocurría con la aplicación de la excepción prevista en la Directiva. Vid. PAUNER CHULVI, C., *obra cit.*, p. 385.

⁶⁴¹ Data protection and journalism code of practice, Reference notes, p. 4 “*Following the UK’s exit from the European Union (EU), the EU GDPR was incorporated into UK law, with amendments so that it works in a UK-only context*”. Disponible en:

la excepción periodística. Su legislación sobre protección de datos, Data Protection Act 2018 (DPA 2018)⁶⁴², establece en su art. 124 que la Oficina del Comisionado de Información (ICO)⁶⁴³ debía elaborar un código sobre protección de datos y periodismo e indicaba las pautas para su desarrollo⁶⁴⁴. El ICO elaboró el citado proyecto —“Draft data protection and journalism code of practice”⁶⁴⁵—, que tras su paso por el Parlamento en noviembre de 2023, se ha convertido en el actual “Data

<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/4025761/data-protection-and-journalism-code-reference-notes-202307.pdf>. (Consulta: 1/03/24).

⁶⁴² Disponible en:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/124/enacted>. (Consulta: 3/03/24).

⁶⁴³ El ICO es la autoridad nacional de protección de datos en el Reino Unido.

⁶⁴⁴ Art. 124 DPA “(1) *The Commissioner must prepare a code of practice*”. Disponible en:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/124/enacted>. (Consulta: 9/02/24).

⁶⁴⁵ Draft data protection and journalism, 2022, p.10 “1. *Apply the journalism exemption At a glance* • *There is an exemption in data protection law to protect freedom of expression and information in journalism, academic activities, art and literature.* • *When the criteria for using the exemption is met, you do not have to comply with many of the usual requirements of data protection law.* • *You must always comply with the key data protection principles of accountability and security.* • *The exemption applies if you: o use personal data for journalism; o act with the intention or hope of publishing journalistic material; o reasonably believe publication is in the public interest; and o reasonably believe that complying with a specific part of data protection law is incompatible with journalism.* • *You should interpret journalism broadly.* • *The exemption can cover all the personal data you use for journalism as long as you have the intention or hope of publishing it.* • *A “reasonable belief” is one you are able to justify in a reasonable way.* • *Deciding what is “in the public interest” involves considering the circumstances, balancing arguments for and against, and judging how the public interest is best served overall.* • *The exemption applies if you reasonably believe that a specific part of data protection law must or should be set aside because complying with it disproportionately restricts your journalistic activity*”. Disponible en:

<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/4021635/ico-draft-data-protection-and-journalism-code-of-practice-second-consultation-21092022.pdf>. (Consulta: 29/02/24).

protection and journalism code of practice”⁶⁴⁶ (Código de buenas prácticas)⁶⁴⁷ e incluye todas las exigencias del art. 124 DPA.

Sin embargo, la DPA no contiene la regulación pormenorizada de la excepción periodística (journalistic exemption), sino que remite a una norma posterior su concreción, fijando los criterios para su elaboración. Las imposiciones establecidas en el art. 124 DPA, y que fueron tenidas en cuenta por el ICO para elaborar su proyecto de Código de buenas prácticas, eran: [a) incluir una guía práctica en relación con el tratamiento de datos personales para fines periodísticos, de conformidad con los requisitos de la legislación sobre protección de datos, y b) cualquier otra orientación que el ICO considerase apropiada para promover las buenas prácticas en el tratamiento de datos personales para fines periodísticos]⁶⁴⁸. De este modo, tanto la DPA como el proyecto de

⁶⁴⁶ Disponible en:

<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/4025760/data-protection-and-journalism-code-202307.pdf>. (Consulta: 20/03/24).

⁶⁴⁷ *Vid.* Data protection and journalism code of practice 2023. Memorandum. Disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/explanatory-memorandum-to-the-data-protection-and-journalism-code-of-practice-2023/explanatory-memorandum-to-the-data-protection-and-journalism-code-of-practice-2023>. (Consulta: 20/03/24).

⁶⁴⁸ Traducción del art. 124 DPA: “(1) *The Commissioner must prepare a code of practice which contains— (a) practical guidance in relation to the processing of personal data for the purposes of journalism in accordance with the requirements of the data protection legislation, and (b) such other guidance as the Commissioner considers appropriate to promote good practice in the processing of personal data for the purposes of journalism. (2) Where a code under this section is in force, the Commissioner may prepare amendments of the code or a replacement code. (3) Before preparing a code or amendments under this section, the Commissioner must consult such of the following as the Commissioner considers appropriate— (a) trade associations; (b) data subjects; (c) persons who appear to the Commissioner to represent the interests of data subjects. (4) A code under this section may include transitional provision or savings. (5) In this section— “good practice in the processing of personal data for the purposes of journalism” means such practice in the processing of personal data for those purposes as appears to the Commissioner to be desirable having regard to— the interests of data subjects and others, including compliance with the requirements of the data protection legislation, and (b) the special importance of the public interest in the freedom of expression and information; “trade association” includes a body representing controllers or processors*”. Disponible en:

Código de buenas prácticas están cumpliendo con la imposición del art. 85 RGPD, que remitía a los legisladores nacionales la elaboración de normas para la conciliación del derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de información.

El llamado Código de buenas prácticas [está dirigido principalmente a los medios de comunicación y agencias de prensa, pero también a los periodistas independientes]⁶⁴⁹, sin hacer referencia al periodismo ciudadano⁶⁵⁰. Además, existen las Notas de referencia del Código⁶⁵¹ que no forman parte del mismo, que están ubicadas en un documento aparte, pero que ayudan a comprender el Código explicando detalladamente algunas cuestiones difíciles e, incluso, introduciendo ejemplos para una mayor comprensión. A su vez, el Código comienza con un Prólogo en el que destaca la necesidad de su existencia [como consecuencia de la revolución tecnológica que vivimos y de la avidez de noticias que tenemos; pero, sobre todo, de saber que las noticias son ciertas, precisas]⁶⁵².

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/124/enacted>. (Consulta: 29/02/24).

⁶⁴⁹ Traducción del Código de buenas prácticas, p. 4: “*The code is mainly for media organisations and journalists using personal information for journalism. This includes press agencies and freelance journalists providing stories to media organisations*”.

⁶⁵⁰ Consideramos que el Código también sería de aplicación al periodismo no profesional, por no excluirlo expresamente.

⁶⁵¹ Disponible en:

<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/4025761/data-protection-and-journalism-code-reference-notes-202307.pdf>. (Consulta: 20/03/24).

⁶⁵² Traducción de un fragmento del Prólogo. *Vid.* Código de buenas prácticas, Prólogo, p. 3: “*With so much more information at our fingertips, rapid changes to technology, and concern about access to accurate information, trusted journalism has never been more important. A free media is at the heart of any healthy democracy – keeping us informed, encouraging debate and opinion, and entertaining us. It is a crucial part of the fundamental right to freedom of expression and information. A free media is also often called the public’s watchdog because of its role in uncovering wrongdoing and holding the powerful to account. In 2011-2012, the Leveson Inquiry examined the media’s own power, finding that there was a culture of unethical practices in parts of the press. This followed evidence of unlawful information gathering by some media organisations. The crucial public interest role served by the media and its power is the*

El Código de buenas prácticas dedica a la aplicación de la exención periodística su art. 13. Se completa, ampliamente, por el art. 13 de las Notas de referencia del Código⁶⁵³, que es el artículo más amplio de las mismas y que, para lograr la conciliación entre la protección de datos y la libertad de información, permite no aplicar la normativa general en numerosos supuestos.

Comienza señalando el art. 13 del Código que [con carácter general, hay que cumplir con los requisitos de la ley de protección de datos cuando se utiliza información personal para la actividad periodística. Sin embargo, se puede aplicar la exención periodística cuando se cumplan ciertos requisitos. Y en ese caso, ya no hay que cumplir con las disposiciones de la ley de protección de datos, pudiendo aplicar la exención a la mayoría de los requisitos exigidos en la ley, que están especificados en cada sección y que se pueden ver en el art. 13.3 de las Notas de referencia]⁶⁵⁴. Entre otros supuestos previstos en este último precepto, no se aplica la normativa general en los siguientes⁶⁵⁵:

reason journalism is covered by data protection law. The law includes important provisions that enable journalism, whilst also protecting people by ensuring that personal information is used lawfully. As required by Parliament, I have produced this code to help the media apply data protection law in a journalism context. It builds upon guidance for the media we published in 2014 following a recommendation from the Leveson Inquiry. Constructive feedback from a wide range of stakeholders, including industry representatives, media organisations, civil society, lawyers and academics has shaped the code from the beginning and at each stage of the consultation process. I am grateful to everyone who helped develop this code and complete what is rightly a challenging task. I understand that there will always be strongly held views and convictions whenever fundamental rights are concerned. I believe this is a clear and practical code, which strikes the right balance between supporting journalists' work and protecting people's personal information. By continuing to work with industry and others, the code will make an important contribution, complement existing industry codes and help build public trust in journalism. Ultimately, that will support the vital public interest journalism serves".

⁶⁵³ Vid. Código de buenas prácticas, Notas de referencia, pp. 34-46. El art. 13 lleva por rúbrica "Apply the journalism exemption".

⁶⁵⁴ Traducción del Código de buenas prácticas, art. 13, p. 37, que afirma que "13. *You must generally comply with the requirements of data protection law when you use personal information for journalism. In a lot of cases this is straightforward. 13.2 You*

- No se necesita obtener el consentimiento⁶⁵⁶ del titular de los datos, en los términos del art. 7 de su Reglamento. No obstante, esta exención ya la encontramos en la normativa general de nuestro Reglamento en la que se permite, como dijimos, el tratamiento de datos sin el consentimiento del titular “*para la satisfacción de intereses legítimos*”⁶⁵⁷, o “*para el cumplimiento de una misión realizada en interés público*”⁶⁵⁸.

- Tampoco es aplicable la normativa general en cuanto al derecho de rectificación de los datos inexactos o incompletos⁶⁵⁹. En la normativa española y europea no se establece esta excepción respecto al derecho de rectificar datos para que concuerden con la verdad objetiva.

can, however, apply the journalism exemption when you meet certain criteria. When you apply it, you no longer have to comply with specific requirements of data protection law. 13.3 You can apply the exemption to most requirements as specified in the highlighted boxes at the start of each section of this code (see 13.3 in Reference notes)”.

⁶⁵⁵ Vid. Código de buenas prácticas, Notas de referencia, art. 13.3, p. 34, que establece todas las exenciones: “*Parts of data protection law that you no longer have to comply with when the journalism exemption applies The journalism exemption can remove the usual requirements to comply with the following parts of the UK GDPR listed in Schedule 2 Part 5 paragraph 26(9) of the DPA 2018: • Article 5(1)(a) to (e) – the UK GDPR’s principles, apart from the security and accountability principles. • Article 6 – requirement to satisfy a lawful basis for processing • Article 7 – conditions for consent. • Article 8(1) and (2) – conditions for children’s consent. • Article 9 – rules relating to special category data. • Article 10 – rules relating to criminal offence data. • Article 11(2) – specific rules regarding informing people when their personal data has been anonymised. • Article 13(1) to (3) – requirement to provide privacy information to people when you have collected data directly from the data subject. • Article 14(1) to (4) – requirement to provide privacy information to people when you have not collected data directly from the data subject. • Article 15(1) to (3) – right of access. • Article 16 – right to have inaccurate or incomplete data rectified. • Article 17(1) and (2) – right to erasure (the right to be forgotten). • Article 18(1)(a), (b) and (d) – right to restrict processing. • Article 19 – requirement to inform third parties to whom data has been disclosed of a rectification, erasure or restriction. • Article 20(1) and (2) – right to data portability. • Article 21(1) – right to object to processing (except for direct marketing). • Article 34(1) and (4) – requirement to inform data subjects of a data security breach. • Article 36 – requirement to consult the ICO prior to any high-risk processing. • Article 44 – general principles for international transfers”.*

⁶⁵⁶ Vid. Código de buenas prácticas, Notas de referencia, art. 13.3.

⁶⁵⁷ RGPD, art. 6.1 f).

⁶⁵⁸ RGPD, art. 6.1 e).

⁶⁵⁹ Vid. Código de buenas prácticas, Notas de referencia, art. 13.3.

- Y en cuanto al derecho de supresión⁶⁶⁰, no se aplica la normativa general. Su art. 17 del Reglamento es el mismo que el aplicable al resto de la UE, en cuanto a establecer como excepción que no se aplicará este derecho cuando se ejerza el derecho a la libertad de información⁶⁶¹.

Sin embargo, para aplicar estas exenciones se debe cumplir con unos criterios que están explicados con detalle en el Código y, sobre todo, en sus Notas de referencia. Y así se necesita [utilizar los datos personales con fines periodísticos; actuar con la finalidad de publicar la información; creer razonablemente que la publicación será de interés público; y creer razonablemente que cumplir con una parte de la ley de protección de datos sería incompatible con la finalidad periodística]⁶⁶². Aunque la finalidad periodística y que la publicación sea de interés público es también aplicable en el ordenamiento jurídico español, sin embargo, es relevante que en este caso lo que se exige no es que sea de interés público, sino que el periodista tenga la “creencia razonable”⁶⁶³ de que es de interés público. En cualquier caso, observamos que este Código es más exhaustivo, técnicamente más incisivo que nuestra LOPDGDD.

En esta línea de incidir en los detalles, el Código explica qué significa, entre otros, el concepto de “creencia razonable”. Afirma que implica, por un lado, que [el periodista considere que existe interés

⁶⁶⁰ *Ídem.*

⁶⁶¹ Disponible en:

<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/individual-rights/right-to-erasure/>. (Consulta: 3/03/24).

⁶⁶² Traducción del art. 13.4 del Código de buenas prácticas, p. 37: “*To apply the exemption, you must: use personal information for a journalistic purpose; act with a view to the publication of journalistic material; reasonably believe publication would be in the public interest; and reasonably believe that complying with a part of data protection law would be incompatible with your journalistic purpose*”.

⁶⁶³ *Ídem.*

público en la noticia que está elaborando y, por otro, que tenga el convencimiento de que si cumpliera con la normativa general de protección de datos no podría ejercer su actividad periodística, su derecho a la libertad de información; y, además, tiene que poder justificar su punto de vista, de manera que si el periodista tuviera que explicar que significa para él “creencia razonable”, en el supuesto concreto al que se refiere su información, cualquier persona podría darle la razón y considerar que su opinión es objetivamente razonable. Pero, en cualquier caso, una “creencia razonable” incluye un punto discrecional, que es una parte esencial del ejercicio periodístico]⁶⁶⁴.

A su vez, los arts 13.15 y 13.17 de las Notas de referencia completan este concepto. Así, el art. 13.15 nos ayuda a entender cuándo estamos ante una “creencia razonable”. Y así, [debemos tener en cuenta una serie de requisitos que pueden resultarle útiles a los periodistas, como que éstos tengan suficiente información relevante y fiable para tomar una decisión razonable, equilibrada y proporcionada. Que la decisión razonable no puede basarse en criterios subjetivos, sino objetivos. Que no es necesario demostrar que la publicación es de interés público o que cumplir con una parte específica de la ley de protección de datos sería incompatible con el periodismo. Y que tampoco es necesario que llegue a la misma conclusión que nosotros un juez, porque pueden

⁶⁶⁴ Traducción de los arts. 13.15, 13.16 y 13.17 del Código de buenas prácticas, p. 38: “*Reasonably belief. 13.15 Your reasonable belief for the purposes of the journalism exemption concerns whether: you reasonably believe there is a public interest in publication; and complying with part of data protection law is incompatible with your journalistic purpose. 13.16 Having a reasonable belief involves forming your own view on the points in 13.15 above. You should, however, be able to justify your view so that another reasonable person would consider that it is objectively reasonable. Forming a reasonable belief can include editorial discretion, which is an essential part of the journalistic exercise (see example 19 and example 20 in Reference notes). 13.17 When considering how you would demonstrate that you made a reasonable decision, you should decide what is appropriate depending on the circumstances, especially the level of risk*”.

haber muchos puntos de vista que pueden ser razonables]⁶⁶⁵. A su vez, el art. 13.17 nos ayuda a demostrar que la “creencia es razonable” y se puede realizar de diversas maneras, entre otras: [tener claro el procedimiento por el que se ha alcanzado esa “creencia razonable”; estar preparado para demostrar que siguió ese proceso y tener pruebas de todo ello]⁶⁶⁶.

Resulta interesante y novedoso el que establezca límites a la interpretación que pueden realizar los Tribunales sobre este término de “creencia razonable”. Algo impensable —así lo creemos— en nuestro ordenamiento jurídico. Se señala, en efecto, que [no es competencia del juez sustituir lo que el periodista ha considerado creencia razonable por su postura sobre lo que significa. Y tampoco es necesario demostrar que la publicación es de interés público o que cumple con una parte específica de la ley de protección de datos, porque ello sería

⁶⁶⁵ Traducción y parafraseado del art. 13.15 del Código de buenas prácticas, Notas de referencia, pp. 35-36: “*To make a decision that is objectively reasonable, factors you may find it helpful to consider include: Data protection and journalism code of practice: reference notes 36 • whether you have enough relevant and reliable information to make a reasonable decision; and • what weight to give to the information you decide to take into account to help you to make a balanced, proportionate decision. In considering whether your belief is reasonable, it is not our role or a judge’s to disregard your decision lightly or substitute their own belief in place of yours. They will only consider the reasonableness of your belief on an objective basis. You do not have to prove that publication is in the public interest or that complying with a specific part of data protection law would be incompatible with journalism. Nor do you need to arrive at the same conclusion as us or a judge. Different views may both be reasonable*”.

⁶⁶⁶ Traducción y parafraseado del art. 13.17 del Código de buenas prácticas, Notas de referencia, p. 36: “*Demonstrating you have a reasonable belief There are different ways to demonstrate a reasonable belief. You may find it helpful to: • have a clear policy or process explaining who can make the decision and how; • be ready to demonstrate that you followed your policy or process, as well as any relevant industry codes or guidelines; and • keep a record of your decision. The level of risk involved will help you consider what may be appropriate and proportionate. You might do this at a later stage, if more appropriate. What is relevant is your belief as the person with legal responsibility for personal information. However, you might decide to delegate responsibility for decisions to individual journalists, taking into account the level of risk. A policy may help you to be clear about who has the authority to make decisions*”.

incompatible con el periodismo]⁶⁶⁷. Es decir, que parece existir una especie de presunción *iuris tantum* de que la noticia es de interés público. Prevalciendo la misma, los datos tratados en ella, sobre el derecho a la protección de datos. Ello a su vez puede resultar contradictorio con la afirmación de que [todos los derechos son iguales, ninguno prevalece sobre otro]⁶⁶⁸, a la que expresamente alude el Código en su art. 13.22.

No obstante, del examen íntegro del Código de buenas prácticas y de las Notas de referencia del mismo se desprende, con claridad, un intento de equilibrio entre ambos derechos fundamentales. Pero para ello, debido a la amplísima normativa en materia de protección de datos que haría inviable el ejercicio de la libertad de información, otorgan preferencia a esta última; evidentemente cumpliendo con todos los requisitos regulados en la normativa aplicable, entre los que destaca el interés público de la noticia. En cualquier caso, dichas normas parecen incidir en esta preferencia de la actividad periodística sobre la protección de datos personales, al menos como presunción a favor del periodista de una correcta utilización de la “journalistic exemption”. Y ello es consecuencia de considerar a [los medios de comunicación libres como el núcleo de una democracia sana, toda vez que nos mantienen informados y fomentan el debate]⁶⁶⁹. Ayuda por lo tanto este Código a mejorar la relación entre periodistas y público, entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de información y, sobre todo, contribuye [a generar confianza pública en el periodismo cuando

⁶⁶⁷ Traducción de un fragmento del art. 13.15 del Código de buenas prácticas, Notas de referencia, pp. 35-36.

⁶⁶⁸ Traducción del art. 13.22 del Código de buenas prácticas, p. 37: “None of the rights protected by the HRA take precedence over others as a matter of principle”.

⁶⁶⁹ Traducción de un fragmento del Prólogo. *Vid.* Código de buenas prácticas, Prólogo, p. 3: “A free media is at the heart of any healthy democracy – keeping us informed, encouraging debate and opinion”.

éste se apoya en el concepto de interés público para el tratamiento de los datos personales que utiliza en sus noticias]⁶⁷⁰.

3. Examen de la conciliación en la jurisprudencia

Ante los retos tecnológicos que afectan a la protección de datos y a la libertad de información, teniendo en cuenta el contenido de la protección de datos, así como la excepción periodística prevista en el Reglamento —que no ha sido desarrollada ni en éste, ni en nuestra LOPDGDD—, se deja en manos de los Tribunales realizar el juicio de ponderación entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de información. Creemos que los Tribunales deberían también fijar reglas generales, criterios hermenéuticos, que concilien⁶⁷¹ ambos

⁶⁷⁰ Traducción de un fragmento del Prólogo. *Vid.* Código de buenas prácticas, Prólogo, p. 3: “*believe this is a clear and practical code, which strikes the right balance between supporting journalists’ work and protecting people’s personal information. By continuing to work with industry and others, the code will make an important contribution, complement existing industry codes and help build public trust in journalism. Ultimately, that will support the vital public interest journalism serves*”.

⁶⁷¹ Nos estamos refiriendo, en el presente trabajo, tanto a la conciliación como a la ponderación. Al respecto hemos de señalar que:

- Según la RAE, ponderar, en una de sus acepciones, es “equilibrar”. Mientras que conciliar implica compatibilizar, armonizar, acomodar, coordinar...

- Que hablamos de conciliación, toda vez que es el término utilizado por el RGPD para evitar la aplicación íntegra de la normativa sobre protección de datos al ejercicio de la libertad de información. Por tanto, utiliza este concepto para intentar compatibilizar ambos derechos; y es en este sentido como lo entendemos en este trabajo, tratando de buscar la acomodación entre los derechos, sin prevalencia de uno sobre otro.

- Pero hablamos también de ponderación, toda vez que el TC resuelve la colisión entre derechos mediante la técnica de la ponderación. *Vid.*, entre otros, CHANO REGAÑA, L., “Ponderación (Tribunal Constitucional español)”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 23, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2022, pp. 241-253, cuando afirma que la ponderación es una técnica para resolver “la colisión de dos derechos fundamentales en sentido estricto (arts. 14 a 29 CE). En estos casos el TC pone en cada extremo de la balanza un derecho fundamental e intenta justificar las razones que apoyan a uno u otro derecho a partir de la existencia de la finalidad legítima que podría llegar a justificar la restricción (...). No obstante, el TC tiende siempre a equilibrar o acomodar ambos derechos, buscando el equilibrio

derechos y, con ello, llenar el vacío existente ante el incumplimiento, por el legislador nacional, del mandato impuesto por el RGPD.

3.1. El derecho al olvido digital como punto de inflexión

Es relevante la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD y otro⁶⁷²—, que regula el llamado derecho al olvido⁶⁷³, así como la STC 58/2018, de 4 de junio⁶⁷⁴, que incide y amplía este derecho que forma parte del contenido del derecho a la protección de datos.

La importancia de la sentencia del TJUE estriba en que reconoce expresa y detalladamente un derecho a la supresión de datos, derecho al olvido, que recogía sucintamente la Directiva 95/46/CE en su art. 12⁶⁷⁵.

de las ventajas y desventajas para no llegar a excluir completamente el disfrute de un derecho fundamental”.

⁶⁷² Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>.

(Consulta: 20/03/24).

⁶⁷³ Existe abundante doctrina sobre el contenido del derecho al olvido. Un sector doctrinal lo considera como “el derecho de los ciudadanos a que cierta información relativa a su persona y recogida en Internet sea borrada o suprimida cuando afecte a sus derechos fundamentales o cuando haya quedado obsoleta”. Así lo afirma SALA LEDESMA, E., “Reseñas de jurisprudencia (Enero-Junio 2014) Unión Europea”, *Ars Iuris Slamnticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, diciembre 2014, p. 1. Otros autores, como LETURIA INFANTE, F.J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista chilena de derecho*, vol. 43, n.º 1, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pp. 91-113, afirman que es el derecho que “permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios”. Postura que no compartimos, pues se trata de una afirmación genérica, y tendríamos que examinar cada caso concreto para llevar a cabo una adecuada ponderación, valorando el derecho que debe primar.

⁶⁷⁴ Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534. (Consulta: 7/03/24).

⁶⁷⁵ Algunos de los preceptos de la Directiva 95/46/CE fueron interpretados por la STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014. Entre ellos, el art. 12 que establecía la posibilidad de solicitar al responsable del tratamiento la “*rectificación, supresión o*

Tanto la STJUE como la del TC suponen un punto de inflexión en la conciliación de los derechos examinados, sobre todo, en este momento de revolución tecnológica en el que, comparándolo con la etapa inmediatamente anterior, “analógica”, se produce una mayor colisión entre ellos. En el mundo digital, por la facilidad y rapidez de acceso a las noticias, así como por la posibilidad de hacerlo reiteradamente y en cualquier momento —si éstas permanecen en el tiempo y no se borran— se produce un mayor choque entre la libertad de información y la protección de datos que en el mundo analógico. Estas resoluciones arrojan más luz sobre la conciliación entre ambos derechos. Y, aunque con posterioridad, el derecho al olvido se regula, tanto en el Reglamento como en la LOPDGDD, no por ello pierden virtualidad; antes al contrario, dotan de contenido y claridad al derecho.

Ambas sentencias asocian el derecho al olvido con los motores de búsqueda. Desde el inicio de la etapa digital, los motores de búsqueda son un punto clave de recogida de datos por los periodistas para elaborar sus noticias. Así se desprende de la STJUE, cuando en su apartado 36 afirma que *“es pacífico que esta actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado”*⁶⁷⁶. Sin embargo, desde

bloqueo de los datos” principalmente cuando tuvieran *“carácter incompleto o inexacto”*. Este mismo derecho se encontraba regulado en nuestra LOPD.

En este sentido, *Vid.* ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 306: “Cuando el tratamiento de datos no se ajuste a las disposiciones de la Directiva y, sobre todo, cuando sean incompletos o inexactos, los Estados miembros deben garantizar (...) los derechos del interesado de rectificación y supresión o cancelación de los datos”. Y pp. 498-499: “En España, la LOPD, reproduciendo lo previsto en la Directiva (...), considera que deben ser rectificadas o cancelados los datos que no cumplan con los principios establecidos en la misma y que sean inexactos o incompletos”.

⁶⁷⁶ STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD y otro, apartado 36. Disponible en:

estas sentencias existe una mayor dificultad, toda vez que se va eliminando información de los buscadores e, incluso, de los motores de búsqueda internos de los periódicos. El camino lo inicia la STJUE:

- En ella se reconoce el derecho a pedir la cancelación de los enlaces a páginas que contengan información personal, siempre que la búsqueda se realice con el nombre del solicitante. Y “ello, aunque la información no sea borrada por quien la edita”⁶⁷⁷, toda vez que la sentencia no les obliga a ello y tampoco la normativa actual⁶⁷⁸. Este derecho no implica la supresión de noticias, únicamente el borrado de los enlaces a ellas en los motores de búsqueda y sólo cuando la búsqueda se efectúe por el *nombre del interesado*⁶⁷⁹. Estando de acuerdo con ello, toda vez que, insistimos, el respeto a la libertad de información es la base de un sistema democrático.

- Para introducir el derecho al olvido en el contenido del derecho a la protección de datos, el TJUE considera que es tratamiento de datos la actividad que realizan los motores de búsqueda, “*que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado*”⁶⁸⁰.

- Es obligación de quien gestiona el motor de búsqueda eliminar los vínculos a las páginas web, “*también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en sí misma en*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>.
(Consulta: 4/03/24).

⁶⁷⁷ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *obra cit.*, p. 395.

⁶⁷⁸ *Vid.* art. 93 LOPDGDD.

⁶⁷⁹ STJUE, *cit.*, apartado 36.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, apartado 41.

dichas páginas sea lícita”⁶⁸¹. Ello implica que, si la información de las páginas web ha sido realizada en el ejercicio de la libertad de información y es veraz, la información es lícita y no se borrará, pero sí los enlaces a las mismas en búsquedas realizadas por el nombre.

- El motivo que aduce el Tribunal para el borrado resulta interesante, al afirmar que esa búsqueda nos ofrece una visión global de la persona. Cualquier usuario (y, por tanto, también quienes ejercen la libertad de información), en una búsqueda por el nombre, pueden obtener de la lista de resultados de los motores de búsqueda, *“una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que les permita establecer un perfil más o menos detallado del interesado*”⁶⁸². Por tanto, los motores de búsqueda exponen la identidad digital de las personas, pudiendo *“afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales*”⁶⁸³, toda vez que *“el efecto de la injerencia en dichos derechos (...) se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna*”⁶⁸⁴. Ciertamente, el que la información se encuentre en internet y no en un medio analógico (periódicos tradicionales en papel) es lo que conlleva la posibilidad —y facilidad— de brindarnos una visión integral de las personas. Por ello, es en el mundo digital donde es necesario un mayor esfuerzo por conciliar la protección de datos con la libertad de información.

- Afirma el TJUE que los derechos a la vida privada y familiar y a la protección de datos *“prevalecen, en principio, (...) sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, (...) sobre el interés (...)*

⁶⁸¹ *Ibidem*, apartado 62.

⁶⁸² *Ibidem*, apartado 37.

⁶⁸³ *Ibidem*, apartado 80.

⁶⁸⁴ *Ídem*.

en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona”⁶⁸⁵. Pero no prevalecerán si se trata de una persona pública, primando el derecho a la información⁶⁸⁶; y, por tanto, no se suprimirán los enlaces.

- Finalmente, en esta primera sentencia del TJUE que regula la protección de datos, en concreto el derecho al olvido, no se obliga, como venimos señalando, a borrar la información de páginas webs, sólo los resultados que nos muestren los motores de búsqueda cuando el criterio introducido sea el nombre propio de una persona privada. Sin embargo, si se trata de una persona pública, no se procederá a borrar la lista de resultados, como hemos expuesto.

Por otro lado, en la línea del TJUE, el TC ahonda en ella con la sentencia 58/2018, de 4 de junio. En particular, avanza en el derecho al olvido al permitir solicitar que se borren los enlaces a páginas webs en búsquedas realizadas con el criterio del nombre, pero tanto en los motores de búsqueda generales como en los de las hemerotecas digitales. Además, en esta sentencia se realiza, de manera expresa, un juicio de ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la protección de datos⁶⁸⁷. Hay que destacar de esta resolución lo siguiente:

- El TC considera el derecho al olvido como parte del derecho a la protección de datos, como “*una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática*”⁶⁸⁸. Es una “*facultad*

⁶⁸⁵ STJUE, *cit.*, apartado 4 del Fallo.

⁶⁸⁶ Parafraseado de la STJUE, *cit.*, apartado 4 del Fallo.

⁶⁸⁷ STC, 58/2018, de 4 de junio, FJ 5: “*se plantea en esta sede un conflicto entre, de un lado, los derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE) y, de otro, el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]*”.

⁶⁸⁸ STC, *cit.*, FJ 5.

inherente al derecho a la protección de datos personales”⁶⁸⁹, al derecho a controlar el uso que se realiza de nuestros datos personales informatizados. Y por tanto, lo considera “*como derecho fundamental*”⁶⁹⁰. Surge, pues, el derecho al olvido como una necesidad para garantizar la protección de datos en un mundo digitalizado, toda vez que la colisión entre la protección de datos y la libertad de información, como dijimos, es mayor en esta era tecnológica. Afirma el TC, en este sentido, que “*este conflicto adopta, en este caso, matices singulares que tienen que ver (...) con la forma en que las herramientas informáticas desarrolladas para facilitar el acceso a la información, como los buscadores, afectan singularmente a los datos personales de la ciudadanía; (...) haciendo nacer un «derecho al olvido»*”⁶⁹¹.

- La libertad de información se erige, entonces, “*como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales*”⁶⁹². Concurriendo determinados requisitos, puede prevalecer el derecho fundamental a la libertad de información sobre “*el derecho a la autodeterminación de datos personales, el derecho a la supresión de esos datos de una base informatizada gestionada por un medio de comunicación, el derecho al olvido respecto de las hemerotecas*”⁶⁹³. En concreto, los requisitos a tener en cuenta en la ponderación entre estos dos derechos son los siguientes:

a) “*La información transmitida debe ser veraz*”⁶⁹⁴. Es decir, que quien ejerce la libertad de información haya realizado, previamente a la publicación de la noticia, una labor de investigación “*con la*

⁶⁸⁹ *Ibidem*, FJ 6.

⁶⁹⁰ *Ídem*.

⁶⁹¹ *Ibidem*, FJ 5.

⁶⁹² *Ibidem*, FJ 6.

⁶⁹³ *Ibidem*, FJ 7.

⁶⁹⁴ *Ídem*.

diligencia exigible a un profesional de la información”⁶⁹⁵. Debiendo exigirse esta misma diligencia a los periodistas no profesionales.

b) Que los hechos sean “*noticiables*”⁶⁹⁶. Es decir, “*asuntos de relevancia pública (...) por las materias a que se refieren o por las personas que en ellos intervienen (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 2)*”⁶⁹⁷. Porque cuando la noticia versa sobre personas públicas⁶⁹⁸ o hechos de relevancia pública es cuando esa noticia, los datos/información incluidos en ella, están protegidos por la libertad de información⁶⁹⁹. No obstante, aunque los hechos sean de relevancia pública, si se refieren a personas privadas, considera el TC que no toda la noticia es de interés público y, por tanto, no todos los datos estarán protegidos por la libertad de información en su colisión con la protección de datos⁷⁰⁰.

c) El TC añade una novedad respecto a la doctrina anterior: a saber, que los datos sean actuales. Considera que hechos de relevancia pública son los ya expuestos y que vienen determinados “*por la materia (...) como por la condición de la persona a que se refiere. Pero el carácter noticiable también puede tener que ver con la*

⁶⁹⁵ *Ídem*.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, FJ 6.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, FJ 6.

⁶⁹⁸ *Vid. STC, cit., FJ 7: “las autoridades y funcionarios públicos, así como los personajes públicos o dedicados a actividades que conllevan notoriedad pública «aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos» (por todas, STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2)”.*

⁶⁹⁹ Parafraseado de la STC, *cit.*, FJ 6.

⁷⁰⁰ Parafraseado de la STC, *cit.*, FJ 7.

«actualidad» de la noticia, es decir con su conexión, más o menos inmediata, con el tiempo presente”⁷⁰¹. Por tanto, habrá que examinar si, por no ser actual, esa noticia ya ha “perdido parte de su interés público o de su interés informativo para adquirir, o no, un interés histórico, estadístico o científico”⁷⁰². En estos supuestos habrá que analizar si prevalece o no el derecho a la libertad de información. Pero lo cierto es que, en la ponderación protección de datos/libertad de información, juega un papel importante “el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación y, sobre la doble dimensión -estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora) de esa función”⁷⁰³.

d) Hay que tener en cuenta la facilidad de acceso a las hemerotecas digitales. Si la noticia, con independencia de su relevancia pública, no está actualizada, pero “ha sido digitalizada y se contiene en una hemeroteca”⁷⁰⁴, se produce un “menoscabo del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)”⁷⁰⁵. Por ello, “la universalización del acceso a las hemerotecas, como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) de los ciudadanos”⁷⁰⁶. Referencia aquí el TC la doctrina de la sentencia del TJUE examinada, según la cual cualquier persona puede “obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en

⁷⁰¹ STC, cit., FJ 7.

⁷⁰² Ídem.

⁷⁰³ Ídem.

⁷⁰⁴ STC, cit., FJ 7.

⁷⁰⁵ Ídem.

⁷⁰⁶ Ídem.

*Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate”*⁷⁰⁷.

- En el fallo se afirma que debe tenerse en cuenta, en el juicio de ponderación entre protección de datos/libertad de información, “*que los motores de búsqueda internos de los sitios web cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia y que esa función queda garantizada aunque se suprima la posibilidad de efectuar la búsqueda acudiendo al nombre y apellidos de las personas en cuestión, que no tienen relevancia pública alguna. Siempre será posible (...) localizar la noticia mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo*”. Por tanto, no es necesario anonimizar la noticia poniendo, en este caso concreto, las iniciales de las personas a que se refiere, porque ello sí supondría una mayor injerencia en la libertad de información. Basta con que la búsqueda en los motores internos de las hemerotecas digitales de los periódicos, no se realice con el nombre y apellidos de las personas⁷⁰⁸.

En el intento de determinar los parámetros a tener en cuenta en la conciliación entre los derechos examinados, resultan de interés las sentencias más recientes sobre la materia. Por un lado, la STJUE, Gran Sala, de 8 de diciembre de 2022, asunto C-460/20⁷⁰⁹, en la que el Tribunal resuelve cómo debe interpretarse el art. 17.3 a) RGPD,⁷¹⁰ que

⁷⁰⁷ *Ídem.*

⁷⁰⁸ Parafraseado STC, *cit.*, Fallo.

⁷⁰⁹ También denominado asunto Google.

⁷¹⁰ *Vid.* STJUE, Gran Sala, de 8 de diciembre de 2022, asunto C-460/20, Fallo: “1) El artículo 17, apartado 3, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de

regula el derecho de supresión/derecho al olvido. Insiste el Tribunal en destacar que el derecho al olvido no se aplica cuando el tratamiento de datos personales es necesario para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información. Por tanto, en el juicio de ponderación parece que prevalece este derecho, pero concurriendo los requisitos ya examinados en las anteriores resoluciones y añadiendo el de la exactitud/inexactitud como elemento destacable.

Por tanto, si en una búsqueda realizada por el nombre, los motores de búsqueda nos ofrecen enlaces que remiten a noticias inexactas elaboradas por periodistas en el ejercicio de su libertad de información, la persona interesada podrá pedir que se cancelen los enlaces. Para ello, deben concurrir los requisitos siguientes:

estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de la ponderación que debe efectuarse entre los derechos recogidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los recogidos en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales a efectos del examen de una solicitud de retirada de enlaces dirigida al gestor de un motor de búsqueda para que se suprima de la lista de resultados de una búsqueda el enlace a un contenido que incluye afirmaciones fácticas que la persona que ha formulado la solicitud considera inexactas, dicha retirada no está condicionada a una aclaración al menos provisional de la cuestión de la exactitud del contenido indexado en el marco de un recurso interpuesto por dicha persona contra el proveedor de contenidos. 2) Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y el artículo 17, apartado 3, letra a), del Reglamento 2016/679 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de la ponderación que debe efectuarse entre los derechos recogidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales y los recogidos en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales a efectos del examen de una solicitud de retirada de enlaces dirigida al gestor de un motor de búsqueda para que se supriman de los resultados de una búsqueda de imágenes efectuada a partir del nombre de una persona física fotografías mostradas en forma de previsualizaciones que representan a dicha persona, procede atender al valor informativo de dichas fotografías con independencia del contexto de su publicación en la página web de la que procedan, pero teniendo en cuenta cualquier elemento textual que acompañe directamente a esas fotografías en los resultados de la búsqueda y pueda arrojar luz sobre su valor informativo". Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CA0460>. (Consulta: 8/03/24).

- Que la persona interesada acredite la inexactitud y que la misma afecte a una parte importante de la noticia⁷¹¹. Para evitar “*el riesgo real de provocar un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de (...) información*”⁷¹², le corresponde a la persona interesada “*acreditar la exactitud o inexactitud del contenido indexado*”⁷¹³, así como presentar “*pruebas pertinentes y suficientes, que sean idóneas para fundamentar su solicitud y acrediten la inexactitud manifiesta de la información que figura en el contenido indexado o, al menos, de una parte de esa información*”⁷¹⁴ que resulte importante “*en el conjunto del referido contenido*”⁷¹⁵.

- El gestor del motor de búsqueda tiene la obligación de suprimir los enlaces si es manifiesta la inexactitud de una parte importante de la noticia. En caso contrario, no tiene el deber de hacerlo, salvo que medie una resolución judicial⁷¹⁶.

El TJUE resuelve una segunda cuestión prejudicial que es la relativa a que se supriman, o no, los enlaces de los motores de búsqueda cuando en ellos se previsualizan fotografías. En este supuesto la vulneración de derechos puede “*ser particularmente intensa*”⁷¹⁷ y, por tanto, habrá que examinar el “*valor informativo de dichas fotografías con independencia del contexto de su publicación en la página web de la que procedan, pero teniendo en cuenta cualquier elemento textual que acompañe directamente a esas fotografías en los resultados de la*

⁷¹¹ Parafraseado del Comunicado de prensa del TJUE, n.º 197/22 respecto de la STJUE *cit.*

⁷¹² STJUE, Gran Sala, de 8 de diciembre de 2022, asunto C-460/20, apartado 71.

⁷¹³ *Ídem.*

⁷¹⁴ *Ibidem*, apartado 72.

⁷¹⁵ *Ídem.*

⁷¹⁶ Parafraseado STJUE, *cit.*, apartados 72 y 73.

⁷¹⁷ STJUE, *cit.*, apartado 104.

búsqueda y pueda arrojar luz sobre su valor informativo”⁷¹⁸. Es decir, aunque no proceda suprimir los enlaces de los motores de búsqueda, porque no se acredite la inexactitud de las páginas a las que remite, o por cualquiera otra de las cuestiones examinadas, habrá que ponderar si procede suprimir, o no, del enlace la previsualización de fotos atendiendo al valor informativo que tengan en la lista de resultados. Y siempre partiendo de que la búsqueda se haya realizado “*a partir del nombre de una persona física*”⁷¹⁹.

Por otro lado, una de las últimas sentencias del TC sobre el derecho al olvido, es la STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio⁷²⁰. En ella el TC se limita a resumir su doctrina y la del TEDH sobre el derecho a la protección de datos y el derecho al olvido. Refiere también, pero sin mayor trascendencia⁷²¹, las distintas denominaciones que le atribuye el TEDH, como la de “*derecho al desindexado*”⁷²². Y lo único novedoso lo encontramos en el voto particular. Así:

- En primer lugar, el Tribunal dedica todo el fundamento jurídico tercero a fijar la doctrina que acredita la integración del derecho al olvido en el derecho fundamental a la protección de datos. Y afirma que el derecho al olvido es el “*derecho a obtener la supresión de los datos personales que le conciernan del responsable del tratamiento cuando*

⁷¹⁸ *Ibidem*, Fallo.

⁷¹⁹ *Ibidem*, apartado 108.

⁷²⁰ Existen otras sentencias posteriores, pero todas ellas remiten a ésta. Entre otras, STC, pleno, 105/2022, de 13 de septiembre. En ambas se emiten votos particulares por los mismos magistrados.

⁷²¹ Es un término que comenzó a usarse por la doctrina tras la STJUE de 2014. Entre otros, *vid.* MUÑOZ, J. “La desindexación de contenidos del índice de resultados de buscadores de internet tras la sentencia del TJUE sobre “derecho al olvido”, *Blog Abogacía española*, CGAE, Madrid, 2014. Disponible en:

<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-desindexacion-de-contenidos-del-indice-de-resultados-de-buscadores-de-internet-tras-la-sentencia-del-tjue-sobre-derecho-al-olvido/>. (Consulta: 1/04/24).

⁷²² STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio, FJ 3.

*concurran alguna de las condiciones establecidas*⁷²³ en el art. 17 RGPD, al que remite el art. 15 LOPDGDD.

- Insiste el TC en ligar la protección de datos, como ha venido haciendo en las etapas anteriores examinadas, con otros derechos de la privacidad como *“los derechos a la intimidad y al honor (art. 18.1 CE) en tanto sirve también de mecanismo de garantía para la preservación de estos*⁷²⁴. Pero, en cualquier caso, ya no se discute que es *“un derecho autónomo*⁷²⁵.

- El objeto de la protección de datos *“no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales*⁷²⁶. Por tanto, con este derecho controlamos nuestros datos personales, con independencia de que sean íntimos o no; y, sobre todo, no hay necesidad de vulnerar los derechos clásicos de la privacidad, a los que parecía estar más ligado al comienzo de su creación, resultando suficiente con que se vulnere cualquier otro derecho. Incluso si ese derecho no está expresamente mencionado en nuestra CE, pero sí en la jurisprudencia del TJUE, toda vez que ello es posible conforme al art. 10.2 CE.

- Expone la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho al olvido. En concreto cita la STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD y otro. Y señala la posibilidad, ya expuesta, de suprimir las listas de enlaces de los motores de búsqueda, cuando el criterio introducido en el motor sea el del nombre de una persona física. Así, no es necesario que la información se elimine

⁷²³ *Ídem.*

⁷²⁴ *Ídem.*

⁷²⁵ *Ídem.*

⁷²⁶ *Ídem.*

de la página web que contiene la noticia, ni tampoco que la noticia perjudique a la persona interesada⁷²⁷.

- Hace referencia expresa a las distintas denominaciones del derecho al olvido y que recoge el TEDH. Señala que el TEDH “*ha acogido expresamente los términos «desindexar» (de-indexing), «deslistar» (de-listing) y «desreferenciar» (de-referencing) para referirse a la actividad de un motor de búsqueda, antes descrita, por la que remueve de la lista de resultados (obtenida tras una búsqueda efectuada por el nombre de una persona) las páginas de internet publicadas por terceras partes que contienen información relativa a esa persona (...). De este modo cabe también hablar de un «derecho al desindexado»*”⁷²⁸.

- Expone la jurisprudencia sobre los límites que tiene el derecho al olvido. Y afirma que en el juicio de ponderación entre protección de datos — integrada por el derecho al olvido— y la privacidad, frente al interés del público en tener acceso a la información de los motores de búsqueda, prevalece el derecho al olvido⁷²⁹. Pero, en cualquier caso, para que se proceda a la supresión de los enlaces (cediendo la libertad de información), deben concurrir los requisitos previstos en la normativa, que la jurisprudencia del TJUE y del TC han desarrollado y que recoge esta sentencia. Entre ellos, el interés público, o no, de la noticia; o “*si la*

⁷²⁷ Parafraseado de la STC *cit.*, FJ 3, que expresamente afirma, respecto a la eliminación de las listas de resultados de los motores de búsqueda, que “*Una orden en este sentido adoptada por la autoridad de control o por un órgano jurisdiccional no presupone «que ese nombre o esa información sean, con la conformidad plena del editor o por orden de una de estas autoridades, eliminados con carácter previo o simultáneamente de la página web en la que han sido publicados» (STJUE Google Spain, § 82). Y, por otro lado, «la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado» (STJUE Google Spain, § 96)*”.

⁷²⁸ *Ídem.*

⁷²⁹ Parafraseado de la STC *cit.*, FJ 4.

*información personal es manifiestamente inexacta debido al transcurso del tiempo, o ha quedado obsoleta*⁷³⁰

- Y se incluye que *“el alcance que debe tener la retirada de enlaces del motor de búsqueda, una vez que dicha medida se acuerde por la autoridad administrativa o judicial”*⁷³¹, puede alcanzar *“a las versiones europeas del motor de búsqueda”*⁷³², tal y como ha confirmado el TJUE en STJUE, Gran Sala, de 8 de diciembre de 2022, asunto C-460/20.

- Observamos, como dijimos, que esta sentencia resume la doctrina sobre el derecho a la protección de datos. Lo único novedoso, y que se nos muestra en el voto particular, es sobre el concepto de relevancia pública⁷³³. Se señala así que no se deben tener en cuenta los tradicionales parámetros, utilizados hasta ahora, para determinar si la persona o asunto es de relevancia pública, sino que han de considerarse otros factores como los datos estadísticos, o los *“indicadores demoscópicos en que se traducen las preocupaciones de la ciudadanía y que, por tanto, son indiciarios de cuáles son las cuestiones de interés general en cada momento”*⁷³⁴. Y ello por *“las actuales circunstancias históricas de desarrollo tecnológico y de evolución normativa y social*

⁷³⁰ Ídem.

⁷³¹ Ídem.

⁷³² Ídem.

⁷³³ Vid. STC, cit., FJ 5. El TC se limita a reiterar que *“el concepto de «asuntos de relevancia pública» es un concepto que este tribunal viene tomando en consideración como presupuesto para apreciar el valor preponderante de las libertades públicas de información y de expresión del art. 20 CE, frente al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE”*. Es decir, o bien la información es de interés público por razón de la materia o por razón de la persona, toda vez que *“la notoriedad pública puede haber sido alcanzada por la actividad profesional que desarrolla, o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o puede haber adquirido un protagonismo circunstancial al verse implicado en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública”*.

⁷³⁴ STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio. Voto particular, punto 14.

en las democracias avanzadas”⁷³⁵, en las que no se puede reducir la relevancia a “razones políticas y sociales”⁷³⁶ o de otro tipo por la que hayan alcanzado “notoriedad pública”⁷³⁷.

Consideramos necesario, tras el examen de la jurisprudencia del TJUE y del TC, referirnos a una reciente sentencia del TS sobre el derecho al olvido, la STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre. Esta resolución es interesante, no porque aporte alguna novedad al tema tratado, sino porque reproduce y sintetiza, en su fundamento jurídico cuarto, toda la jurisprudencia constitucional y europea expuesta sobre el derecho al olvido, contribuyendo al deseado diálogo entre Tribunales. En concreto, alude a las sentencias examinadas, STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio y a la STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio; así como a las SSTJUE que éstas citan en su fundamentación. El asunto que se ventila en esta resolución “consiste en que el (...) recurrente solicitó a la entidad “Google Spain S.L. la eliminación del motor de búsqueda de nueve enlaces que consideraba dañaban su fama y buena reputación”⁷³⁸. El TS, aplicando los criterios ya expuestos sobre el derecho al olvido, resuelve:

- Que no entra a examinar si las noticias son falsas o no, toda vez que se parte de la “veracidad de la información aludida”⁷³⁹, que nadie discute.

- Sobre “la relevancia pública de lo difundido”⁷⁴⁰. Afirma que viene determinada “porque el interesado sea una persona pública o haya adquirido notoriedad pública y, en este segundo supuesto, la

⁷³⁵ Ídem.

⁷³⁶ Ídem.

⁷³⁷ Ídem.

⁷³⁸ STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre, FJ 5.

⁷³⁹ Ídem.

⁷⁴⁰ Ídem.

*notoriedad pública puede haber sido alcanzada por la actividad profesional que desarrolla, o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada*⁷⁴¹, o por “*verse implicado en hechos que son los que gozan de relevancia pública*”⁷⁴². En este caso, el TS concluye que no se da ninguno de esos supuestos. No estamos ante ninguna persona pública, ni la persona interesada tiene actividad de relevancia pública, ni difunde con habitualidad hechos de su vida privada.

- Por tanto, sólo cabe no suprimir los enlaces porque los mismos se refieran a noticias de “*interés general*”⁷⁴³. Y éste es el motivo que considera acreditado el TS y por el que desestima el recurso de casación, no suprimiendo enlace alguno. Afirma que se trata de enlaces que aluden a “*su intervención como testigo*”⁷⁴⁴ en un proceso penal de gran relevancia pública, “*trascendente en el ámbito político*”⁷⁴⁵ y que “*no reviste connotación peyorativa*”⁷⁴⁶. Y el otro dato que ofrecen los enlaces es sobre su cambio de trabajo y sobre “*la relación de su cónyuge con el partido investigado*”; datos que considera objetivos añadiendo que este último, además, “*se encuentra conectado con el contexto de la noticia*”⁷⁴⁷. Señala, pues, que ningún dato es contrario “*a la buena reputación o a su imagen*”⁷⁴⁸.

- Sólo quedaría por examinar si el tiempo transcurrido permite el borrado de la lista de resultados. Las noticias son del año 2014 y 2019 y,

⁷⁴¹ *Ídem.*

⁷⁴² *Ídem.*

⁷⁴³ *Ídem.*

⁷⁴⁴ *Ídem.*

⁷⁴⁵ *Ídem.*

⁷⁴⁶ *Ídem.*

⁷⁴⁷ STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre, FJ 5.

⁷⁴⁸ *Ídem.*

a pesar de ello, el TS no las considera “*obsoletas ni antiguas*”⁷⁴⁹, porque no se ha “*disipado el interés subyacente en la información*”⁷⁵⁰.

Como hemos señalado, esta sentencia aplica la doctrina jurisprudencial expuesta sobre el derecho al olvido y no permite el borrado interesado. No obstante, nos sigue llamando la atención que no se aplique la idea expuesta por el TJUE⁷⁵¹ (y que esta sentencia recoge de soslayo) de que la lista de resultados de los motores de búsqueda, realizadas éstas por el nombre, ofrezca “*una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a multitud de aspectos de su vida privada (...) y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate*”⁷⁵². Idea que quizás permitiría, en algunos asuntos como el expuesto, el borrado de la lista de resultados.

Finalmente, observamos como tanto el TJUE como el TC avanzan lentamente en establecer reglas hermenéuticas, en materia de conciliación, que nos sirvan para su aplicación general y poder evitar acudir a los tribunales, con habitualidad, para que realicen el juicio de ponderación. Al mismo tiempo, quienes ejercen la libertad de información siguen obteniendo información de los motores de búsqueda —con todas las ventajas de la digitalización— y simplemente encuentran alguna dificultad añadida para hacerlo. La búsqueda les resulta más difícil por el nombre/apellidos; no obstante, aunque se supriman algunos de los enlaces, la información no se borra, no desaparece y puede encontrarse utilizando otros parámetros como el tema, la época, etc.

⁷⁴⁹ *Ídem.*

⁷⁵⁰ *Ídem.*

⁷⁵¹ STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>. (Consulta: 21/03/24).

⁷⁵² STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre, FJ 4.

Además, ni siquiera se borrará la lista de enlaces que nos ofrecen los motores de búsqueda si ésta se realiza por el nombre, sólo si “*la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni 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)*”⁷⁵³.

Cabría, pues, preguntarnos qué información indexada es la que podemos y debemos olvidar. Y sobre todo qué significa olvidar... y que significa borrar... en cada supuesto concreto. Pero lo que resulta claro, es que no estamos ante un verdadero derecho al olvido. Por otro lado, tampoco el derecho al olvido, en el sentido expuesto (y sobre todo aplicado) por la jurisprudencia, nos parece una solución útil al reto que esta sociedad digital nos plantea de una ingente cantidad de datos circulando por la red, ofreciendo una visión panorámica de quiénes somos (según los criterios/patrones/sesgos de los motores de búsqueda). No obstante, insistimos, en ningún caso estamos ante un derecho que permita, *a priori*, el borrado de la información de la fuente digital, ni lo pretendemos, nada más alejado de nuestra idea. Como reiteradamente venimos señalando, y constantemente afirma la jurisprudencia europea y nuestro TC, el derecho a la libertad de información es la base de toda sociedad democrática y también la base que sustenta este trabajo. Simplemente dejamos en el aire la posibilidad del borrado de esa exposición panorámica de nuestra identidad, en la búsqueda por el nombre.

⁷⁵³ Vid. AEPD. Disponible en:

[https://www.aepd.es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido#:~:text=El%20derecho%20de%20supresi%C3%B3n%20\('pertinencia%20previstos%20en%20la%20normativa. \(Consulta: 24/01/24\).](https://www.aepd.es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido#:~:text=El%20derecho%20de%20supresi%C3%B3n%20('pertinencia%20previstos%20en%20la%20normativa. (Consulta: 24/01/24).)

3.2. Breve referencia a otras sentencias

Las sentencias del TJUE o del TC que tratan la conciliación entre protección de datos y libertad de información, son las expuestas (o alguna otra que remite a ellas) y que se refieren al derecho al olvido. Al margen de ellas, son escasas las sentencias que tratan expresamente la ponderación entre estos dos derechos fundamentales en juego sin referirse al derecho al olvido. No obstante, podemos extraer algunas ideas relevantes de otras resoluciones que tratan, transversalmente, la colisión entre ambos.

Es una referencia necesaria, en este punto, la STJUE, asunto C-345/2017⁷⁵⁴ que, aunque tiene por objeto la interpretación de la derogada Directiva 95/46/CE, podemos aplicarla al actual Reglamento, toda vez que resuelve una cuestión prejudicial sobre el tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos. Las cuestiones relevantes a tener en cuenta no son muchas, toda vez que reitera doctrina ya expuesta y no se refiere a la conciliación con la libertad de información. Pero podemos destacar:

- Que nos ofrece el concepto de actividades periodísticas, afirmando que *“las «actividades periodísticas» son las que tienen por finalidad divulgar al público información (...), opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión”*⁷⁵⁵. Por tanto, la libertad de información comprende la transmisión de hechos y, también lógicamente, las opiniones de los periodistas (profesionales o no) sobre las mismas.

- Que *“la grabación en vídeo de policías en una comisaría durante una toma de declaración y la publicación del vídeo grabado en*

⁷⁵⁴ Disponible en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0345>.
(Consulta: 20/03/24).

⁷⁵⁵ STJUE, de 14 de febrero de 2019, asunto C-345/17, punto 53.

un sitio de Internet de videos en el que los usuarios pueden enviarlos, verlos y compartirlos, pueden constituir un tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos". Es decir, que la grabación y publicación del video de una autoridad, en su lugar de trabajo, se considera actividad periodística. Matizando el Tribunal que sólo tendrá esta consideración, si del video se desprende que el único objetivo es *"la divulgación al público de información, opiniones o ideas, lo que debe comprobar el tribunal"*⁷⁵⁶.

Y respecto a nuestro TC, destacar la STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero, que incide en que garantiza el derecho a la libertad de información. No es una sentencia en materia de conciliación entre este derecho y la protección de datos, no obstante es interesante porque clarifica cuáles son los límites de la libertad de información y, sobre todo, el concepto de veracidad. En concreto:

- Afirma que el derecho fundamental a la libertad de información tiene límites. Bien límites internos, que tienen que ver con su contenido y que son *"la veracidad y la relevancia pública"*⁷⁵⁷. O bien límites externos que vendrán marcados por *"su relación con otros derechos o valores constitucionales con los que puede entrar en conflicto"*⁷⁵⁸. Uno de esos límites es, obviamente y aunque esta sentencia no se refiera a él, el derecho a la protección de datos.

- Respecto a la veracidad, reitera el TC su doctrina anterior⁷⁵⁹, no exigiendo *"una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información"*⁷⁶⁰. De esta forma, pueden estar protegidas informaciones erróneas o inexactas, que no lo estarán, en ningún caso, cuando quienes

⁷⁵⁶ *Ibidem*, Fallo.

⁷⁵⁷ STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero, FJ 3.

⁷⁵⁸ *Ídem*.

⁷⁵⁹ STC, sala 2ª, 52/2002, de 25 de febrero.

⁷⁶⁰ STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero, FJ 3.

ejerciten la libertad de información “*actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contrastación*”⁷⁶¹.

Por tanto, quizás uno de los problemas más significativos de la conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información estriba en que no es suficientemente tratado, directamente, por la jurisprudencia —a excepción, por supuesto, de las importantes sentencias en materia de derecho al olvido expuestas—. Y que todavía se requiere una mayor atención, trabajo, análisis, reflexión... que quizás no se produce porque se considere la autorregulación en materia de libertad de información, incluso libertad de expresión, como sinónima o cercana a una restricción de las mismas. Sin embargo, sería más bien al contrario: a lo que llevaría es a evitar dichas restricciones, a tener claros criterios generales de verdadera conciliación, de equilibrio entre los derechos fundamentales en juego.

II. (R)eformulación del derecho a la protección de datos. Identidad digital

1. Contextualización

Como paso previo para determinar si procede o no la reformulación del derecho a la protección de datos en su intento de mejorar la conciliación con el derecho a la libertad de información, nos encontramos de lleno con la identidad digital. No obstante, previamente a tratar sobre ella, hemos de tener en cuenta lo que se ha ido observando a lo largo del trabajo pero, sobre todo, en la parte final, respecto a dos

⁷⁶¹ *Ídem.*

cuestiones importantes e interrelacionadas. Por un lado, la escasez normativa en materia de conciliación entre los dos derechos en juego y, al mismo tiempo, la dispersión normativa y jurisprudencial al respecto. Por otro lado, consecuencia del examen anterior, observamos también la existencia de alguna laguna en dicha conciliación.

Respecto a la primera cuestión, hemos venido señalando que existe una abundante legislación en materia de protección de datos en general, pero pocas normas sobre conciliación entre protección de datos y libertad de información. Además, como dijimos, el legislador nacional no ha cumplido la previsión del RGPD de regular las excepciones para el ejercicio de la libertad de información. El RGPD deja en manos del legislador nacional el establecer dichas excepciones a la aplicación de las normas generales que regulan la protección de datos en el Reglamento comunitario, respecto a la actividad periodística. No obstante, la LOPDDGD no ha establecido ninguna excepción, ni dispone de medidas de conciliación entre ambos derechos; y tampoco existe ninguna otra normativa al respecto, ni previsión de ella. A pesar de ello, sí podemos extraer normativa en materia de conciliación y, sobre todo, jurisprudencia. El problema es que se encuentra dispersa entre la cantidad de preceptos del RGPD y de la LOPDGDD, así como en diversas sentencias —además de aquéllas que son referente en la materia, las relativas al derecho al olvido reiteradamente citadas—. Entendemos que esta dispersión, que hemos expuesto detenidamente, debe ser subsanada. Y el hecho de que no se haya realizado hasta ahora, no supone ningún impedimento para hacerlo, ni lo consideramos una utopía. Estamos en un momento de avances y descubrimientos tecnológicos sin precedentes, de dictado de abundante normativa en esta materia —

que, lógicamente, también afecta a nuestros derechos en juego—; y, por tanto, es el momento adecuado para realizar una regulación sistemática de la normativa y jurisprudencia sobre protección de datos/libertad de información.

Por otro lado, dentro de esa conciliación no sistematizada, también observamos la existencia de una laguna que entendemos vinculada al derecho al olvido, como veremos, y que llenarla nos conduciría, necesariamente, a dotar de mayor amplitud el derecho a la protección de datos. Esta laguna es la que nos aboca a esta idea de la identidad digital, que es una “figura” que ha ido surgiendo a lo largo del trabajo, en múltiples ocasiones, ligada a facetas y aspectos muy diversos, pero sobre todo en la jurisprudencia sobre el derecho al olvido. Es al final del trabajo cuando nos encontramos ante la necesidad de dar respuesta a las preguntas que nos hemos ido planteando y al vacío que observamos que existe cuando entran en juego la protección de datos y la libertad de información, y que adquiere cada vez más importancia ante la necesidad de defendernos en un mundo digital que nos “deja expuestos”, aún sin quererlo.

La necesidad de entender qué es la identidad digital o el derecho a la identidad digital o el derecho a la identidad, parte del examen previo que hemos realizado, sobre todo normativo y, principalmente, jurisprudencial. Es clave en esta cuestión, en la laguna observada, la STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al.⁷⁶², que refiriéndose al derecho al olvido afirma, como dijimos:

⁷⁶² STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>. (Consulta: 22/03/24).

- Que se considera tratamiento de datos la actividad que realizan los motores de búsqueda consistente *“en hallar información (...) en Internet (...), indexarla (...), almacenarla (...) y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado”*⁷⁶³.

- Y que se procederá a eliminar las listas de enlaces a páginas web, en búsquedas realizadas por el nombre y sólo en determinados supuestos ampliamente examinados. Lo importante aquí es el motivo por el que se puede realizar este “borrado”, afirmando el TJUE que se debe a que el listado de resultados de la búsqueda nos ofrece una visión global de la persona. Cualquier persona —y, por tanto, también quienes ejercen la libertad de información— en una búsqueda por el nombre, pueden obtener de la lista de resultados de los motores de búsqueda *“una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet que les permita establecer un perfil más o menos detallado del interesado”*⁷⁶⁴. Por tanto, podemos extraer de esta resolución la idea de que los motores de búsqueda exponen la identidad digital de las personas, pudiendo *“afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales”*⁷⁶⁵, toda vez que *“el efecto de la injerencia en dichos derechos (...) se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna”*⁷⁶⁶. Por ello, en el supuesto de concluir que existe un derecho a la identidad, éste sería un derecho a la identidad digital, toda vez que es el entorno digital el que acarrea la facilidad de mostrarnos una visión integral de las personas —o más bien, sesgada—. Y ello, teniendo en cuenta que los

⁷⁶³ STJUE, *cit.*, apartado 41.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, apartado 37.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, apartado 80.

⁷⁶⁶ *Ídem*.

derechos son los mismos⁷⁶⁷ en el mundo analógico que en el digital; lo que no obsta para que, éste en concreto, sea de aplicación en el mundo digital como lo es también el derecho al olvido (al olvido digital).

Es en este contexto tecnológico donde debemos focalizar el esfuerzo para llenar el hueco, que creemos existente, en la conciliación entre la protección de datos y la libertad de información. Y puede hacerse a través de la identidad digital, toda vez que es el TJUE el que la pone de manifiesto en la referida sentencia —o, al menos, nos conduce a ella—, sin usar esta expresión, cuando habla de “*visión estructurada*”⁷⁶⁸ o de perfiles. Es a partir de este momento cuando la idea de un derecho a la identidad digital comienza a cobrar fuerza, toda vez que el propio TJUE pone en la base de la justificación del borrado el que no se exponga el perfil; entendiéndolo en el sentido de que no se exponga una panorámica general de la persona que, seguramente, es sesgada y puede atender contra su identidad digital. La identidad digital no es, en este caso, la suma de rasgos físicos (o de tipo económico, cultural, social... que identifican a una persona) sino, como venimos exponiendo, la confluencia de varios elementos (internos y externos). Comprende tanto la conciencia que uno tiene de sí mismo, como la que los demás tienen de él e, incluso, la visión que se quiere mostrar a los demás.

Posteriormente, nuestro TC en la sentencia 58/2018, de 4 de junio, en la que incide y amplía el derecho al olvido, refiere la doctrina del TJUE examinada y afirma, refiriéndose a los motores de búsqueda, que cualquier persona puede “*obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a*

⁷⁶⁷ Aunque los derechos son los mismos, es evidente que no es igual su forma de ejercerlos, tampoco sus límites y garantías... Por lo tanto, cambia su configuración o régimen jurídico.

⁷⁶⁸ STJUE, *cit.*, apartado 37.

*una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate*⁷⁶⁹. Pero el TC tampoco ahonda en la idea de la identidad para avanzar en el derecho a la protección de datos, dotándolo de mayor contenido. Se limita, en consecuencia, a citar la doctrina del TJUE sobre este punto, sin incidir en ella.

Ninguna de las resoluciones examinadas del TC, ni del TJUE, tampoco las más recientes, hablan de un derecho a la identidad digital, ni le atribuyen mayor amplitud a la protección de datos cuando colisiona con la libertad de información. En este mismo sentido, la reciente sentencia de nuestro TS, a la que nos hemos referido en otro momento, STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre, expone toda la doctrina constitucional sobre el derecho al olvido (y también la del TJUE a la que se refiere aquélla), aunque no avanza tampoco en esta idea de un derecho a la identidad digital. En concreto recoge, como de puntillas, la idea del borrado de la lista de resultados de los motores de búsqueda porque ofrece *“una visión estructurada de la información relativa a esta persona (...)”*⁷⁷⁰, pero sin ahondar en la misma.

Por tanto, es este contexto, y el estudio previo realizado, lo que nos ha llevado a preguntarnos si la identidad, o identidad digital más bien, es un nuevo derecho fundamental. Y, si lo es, ¿es autónomo o forma parte del derecho a la protección de datos como un subderecho o faceta?. Y todo ello conduce, necesariamente, a plantearnos —como ya venimos haciendo—, la reformulación del derecho a la protección de datos, para cubrir la laguna observada en materia de conciliación y ligada al derecho al olvido.

⁷⁶⁹ STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio, FJ 6.

⁷⁷⁰ STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre, FJ 4.

2. Aproximación a la identidad digital

En esta necesidad expuesta de conciliar un derecho básico de la democracia, como es la libertad de información⁷⁷¹, con el derecho a la protección de datos⁷⁷², hemos de aproximarnos a la identidad digital para dar respuesta a las preguntas planteadas, a la laguna observada. Y para ello, examinada la jurisprudencia, debemos conocer si ya está regulada en nuestra normativa, aunque no esté directamente prevista para la conciliación de los derechos en juego; o si, doctrinalmente, se considera un derecho o, al menos, qué dice la doctrina sobre ella.

En el ámbito normativo, comunitario y nacional, no encontramos ninguna regulación vinculante del derecho a la identidad digital. No tiene reconocimiento expreso ni en la CE, ni en la CDFUE, ni siquiera en el recientemente aprobado Reglamento IA. Y ello mientras la CDD⁷⁷³, no vinculante, habla en el art. 2 del “*Derecho a la identidad en el entorno digital*”⁷⁷⁴, si bien habrá que determinar el alcance del mismo, qué sentido se le ha atribuido. Del mismo modo deberemos tener en cuenta las referencias que el RGPD y la LOPDGDD realizan a la elaboración de perfiles —que consideramos alejados de la identidad

⁷⁷¹ Vid. STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero, FJ 3, cuando reitera la idea de la posición que ostenta la libertad de información en un Estado democrático. “*El papel esencial que para el funcionamiento de la democracia desempeña la libertad de comunicar o recibir información*”.

⁷⁷² Vid. CDD, p. 9, cuando se refiere a este derecho y establece que “1. Con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos serán tratados respetando los principios de licitud, lealtad, transparencia, minimización, integridad, confidencialidad y limitación por la finalidad y plazo de conservación (...)”.

⁷⁷³ LA CDD fue presentada por el Presidente del Gobierno el 14 de julio de 2021. Es un texto no vinculante.

⁷⁷⁴ CDD, Índice, p. 3.

digital, tal y como la venimos exponiendo—, así como las referencias de ambos textos a la identidad, en qué sentido la definen. Y referirnos también, y por último, a la regulación del art. 93 LOPDGDD sobre el derecho al olvido en las búsquedas de internet.

Debemos partir para todo ello, antes de continuar adentrándonos en la normativa, de algo básico como es el significado que la RAE nos ofrece del concepto de identidad. Así, en su segunda acepción se refiere al “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”⁷⁷⁵. Y en su acepción tercera alude a la “Conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás”⁷⁷⁶. Ninguna de las dos acepciones responde a lo que venimos intuyendo que podría significar la identidad digital. No obstante, se acerca más a la tercera acepción, toda vez que no entendemos la identidad digital como la suma de características o rasgos (físicos, psicológicos, culturales, ...) que identifican a una persona mediante “identificadores” (en el sentido del art. 4 RGPD cuando define el término “datos personales”) y que ya encuentran protección en el derecho a la protección de datos; sino que es la conciencia de lo que creemos ser, pero también lo que los demás creen que somos y lo que queremos mostrar/ofrecer a los demás.

Partiendo de esta definición hemos de examinar los textos referidos. Y así:

- En cuanto al Reglamento IA:

En ninguna parte de su articulado reconoce el derecho a la identidad digital, ni se refiere, siquiera, a la identidad digital. Sí menciona la identidad en distintos artículos, pero en el sentido de la

⁷⁷⁵ Disponible en:
<https://dle.rae.es/identidad>. (Consulta: 24/03/24).

⁷⁷⁶ *Ídem*.

segunda acepción de la RAE, como rasgos físicos que identifican a una persona. Se trata de un concepto alejado del que venimos exponiendo en el presente trabajo. Y así resulta claramente, entre otros, de la definición que nos ofrece en su art. 3.35 de “*«identificación biométrica»: el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos*”⁷⁷⁷. Y este es el mismo significado que le otorga a la identidad en el resto de su articulado, entre otros, en los arts. 3.36, 5.2, 13.3 o en el Considerando 15⁷⁷⁸, y que entendemos que viene a coincidir con la definición que de los datos personales nos ofrece el art. 4 RGPD⁷⁷⁹.

Además, el Reglamento IA parte de una premisa a tener en cuenta, pues afirma que no se aprueba para sustituir o modificar la normativa existente en materia de protección de datos, sino que en esta materia se aplicará el “*Derecho de la Unión*”⁷⁸⁰; por tanto, el derecho ya examinado. Y añade que vamos a seguir “*disfrutando de todos los derechos y garantías*”⁷⁸¹ que, en materia de tratamiento de datos, nos atribuye la normativa comunitaria, “*incluidos los derechos relacionados*

⁷⁷⁷ Reglamento IA, art. 3.35.

⁷⁷⁸ Vid. Reglamento IA, Considerando 15: “*concepto de «identificación biométrica» que es “el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico o conductual, como la cara, el movimiento ocular, la forma del cuerpo, la voz, la entonación, el modo de andar, la postura, la frecuencia cardíaca, la presión arterial, el olor o las características de las pulsaciones de tecla, a fin de determinar la identidad de una persona comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos de referencia, independientemente de que la persona haya dado o no su consentimiento”*”.

⁷⁷⁹ Vid. art. 4 RGPD.

⁷⁸⁰ Reglamento IA, art. 2.7.

⁷⁸¹ Reglamento IA, Considerando 10.

*con las decisiones individuales totalmente automatizadas, como la elaboración de perfiles”*⁷⁸².

Al mismo tiempo, el Reglamento IA nos conduce a examinar el RGPD y la LOPDGDD en materia de elaboración de perfiles y descubrir si podemos entenderlos en el mismo sentido que creemos que se refiere la jurisprudencia examinada cuando habla de “*visión estructurada*”⁷⁸³ o perfiles.

- Respecto a la regulación que realizan el RGPD y la LOPDGDD sobre la identidad, nos ofrecen una definición de la misma, entre otros muchos artículos, en el art. 4.1 del RGPD: “1) «*datos personales*»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”⁷⁸⁴. Definición aplicable a la LOPDGDD, que remite al RGPD.

Observamos que definen la identidad en un sentido parecido al expuesto en el Reglamento IA. No obstante, este último parece ir un poco “más allá” que la actual normativa referida, utilizando conceptos más amplios para fijar las características humanas que identifican a una persona; en concreto, recoge caracteres de tipo “*conductual*”⁷⁸⁵.

⁷⁸² *Ídem*.

⁷⁸³ STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al., apartado 37.

⁷⁸⁴ RGPD, art. 4.1.

⁷⁸⁵ Reglamento IA, art. 3.35.

En cuanto a la referencia a los perfiles, debemos examinar la regulación prevista en el RGPD, entre otros en los arts. 21⁷⁸⁶ y 22⁷⁸⁷, toda vez que la LOPDGDD, en su art. 18⁷⁸⁸ remite a los citados preceptos del RGPD. Pero esa elaboración de perfiles suele referirse principalmente a “*actividades de publicidad y prospección comercial, incluyendo las de investigación comercial y de mercados*”⁷⁸⁹. En cualquier caso, no regula la posibilidad de supresión, sino el derecho a oponerse “*a las decisiones basadas en la elaboración de perfiles*”⁷⁹⁰ y siempre con las excepciones previstas en el RGPD. Y, entre esas excepciones, podríamos incluir el ejercicio de la libertad de información, aunque expresamente no lo menciona el RGPD. Ahora bien, podemos entenderlo incluido al afirmar que se exceptúa cuando se ejercita por un “*interés público*”⁷⁹¹ o por “*intereses legítimos (...) del responsable del tratamiento*”⁷⁹².

Por tanto, en ningún caso, la elaboración de perfiles a la que se refieren el RGPD y la LOPDGDD es la que parece desprenderse de la jurisprudencia del TJUE cuando regula el derecho al olvido. El perfilado al que alude la normativa, comunitaria y nacional, se refiere a trazar las características de una persona, pero con una finalidad, principalmente,

⁷⁸⁶ Vid. art. 21 RGPD: “*El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones*”.

⁷⁸⁷ Vid. art. 22 RGPD: “*Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles (...)*”.

⁷⁸⁸ Vid. art. 18 LOPDGDD: “*El derecho de oposición, así como los derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluida la realización de perfiles, se ejercerán de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los artículos 21 y 22 del Reglamento (UE) 2016/679*”.

⁷⁸⁹ RGPD, art. 34.1.k).

⁷⁹⁰ *Ibidem*, Considerando 73.

⁷⁹¹ *Ibidem*, art. 6.1. e).

⁷⁹² *Ibidem*, art. 6.1. f).

comercial/económica. Mientras que cuando el TJUE habla de perfiles, lo hace como sinónimo de que las listas de resultados de los motores de búsqueda nos ofrezcan *“una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet”*⁷⁹³. Es este último perfilado el que consideramos clave en el derecho a la identidad digital para mejorar, al menos, la conciliación entre protección de datos/libertad de información.

- Hemos de referirnos también al art. 93 LOPDGDD sobre el derecho al olvido en las búsquedas de internet, que no sirve para llenar la laguna que observamos en la conciliación entre los dos derechos en juego. En efecto, el citado precepto sólo permite, como dijimos, que se eliminen de las listas de resultados de los motores de búsqueda, los enlaces que contengan información de una persona, cuando la búsqueda se ha realizado por el nombre⁷⁹⁴; pero sólo cuando esos enlaces, de manera individual, sean *“inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo”*⁷⁹⁵.

Este artículo reproduce la jurisprudencia europea y nacional sobre el derecho al olvido⁷⁹⁶. Sin embargo, no hace referencia a la posibilidad de eliminar los enlaces cuando contengan información de una persona que sea exacta, pertinente, no obsoleta..., pero que mostrados los enlaces en conjunto, no individualmente, y en una búsqueda por el nombre, nos ofrezcan una visión panorámica de la misma que atente contra su derecho a la identidad digital, en el sentido

⁷⁹³ STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD y otro, apartado 37.

⁷⁹⁴ Parafraseado art. 93 LOPDGDD.

⁷⁹⁵ LOPDGDD, art. 93.

⁷⁹⁶ STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al. Y STC 58/2018, de 4 de junio.

expuesto de la conciencia que tiene una persona sobre sí misma y que los demás creen tener de ella y que quiere mostrar a los demás. Es este punto, la inexistencia de la posibilidad de realizar ese borrado, al menos hasta ahora, cuando no concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente previstos, el que nos devuelve de nuevo a la idea de un derecho a la identidad digital como una especie de faceta o subderecho del derecho a la protección de datos e íntimamente ligado al derecho al olvido, toda vez que es ahí donde lo pone de manifiesto el TJUE.

- Por otro lado, la CDD sí se refiere a la identidad digital. Se trata de un texto no vinculante, sin carácter normativo, pero que se viene considerando por la doctrina como un referente para la interpretación de derechos digitales. Aunque no sea vinculante, es importante porque abre nuevos caminos, la posibilidad de reconocer en un futuro la existencia de un nuevo derecho a la identidad digital, que entendemos que ya existe en la jurisprudencia (aunque sin mencionarlo expresamente).

Así, la CDD regula el derecho a la identidad digital⁷⁹⁷ afirmando que *“es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran*

⁷⁹⁷ Vid. art. 2, CDD, texto completo por su importancia, cuando se refiere a este derecho y establece que *“1. El derecho a la propia identidad es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional. 2. Debe garantizarse, con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la gestión de la propia identidad, sus atributos y acreditaciones. Consecuentemente, la identidad no podrá ser controlada, manipulada o suplantada por terceros contra la voluntad de la persona. 3. Se establecerán las garantías necesarias que permitan la verificación segura de la identidad en el entorno digital con la finalidad de evitar manipulaciones, suplantaciones, o control de la misma por parte de terceros. 4. Conforme a la normativa aplicable, el Estado deberá garantizar la posibilidad de acreditar la identidad legal en el entorno digital a los efectos oportunos. En aquellos supuestos en los que legalmente se exija un alto nivel de garantía en la identificación de los sujetos concernidos, el Estado asegurará la provisión y utilización de los medios digitales que serán de aplicación para la acreditación de la identidad”*.

de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional”⁷⁹⁸. Por tanto, vista la definición que nos ofrece de identidad, parece que se está refiriendo a ella como ese conjunto de rasgos, datos o características que identifican a una persona y la distinguen de otras. Sin embargo, en ningún caso, se refiere a la visión o conciencia que tiene cada persona de sí misma, la que los demás tienen de ella y la que se quiere mostrar u ofrecer a los demás.

Tampoco se refiere a la identidad de manera distinta a la expuesta, cuando se refiere a ella en otros preceptos, como en el art. 26.1. a), relativo a la aplicación de los derechos digitales en las neurotecnologías. El precepto establece que “*1. Las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley con la finalidad de: a) Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad*”⁷⁹⁹.

Señalar que la CDD también regula el derecho al olvido, pero en los mismos términos que las normas sobre protección de datos⁸⁰⁰. Y, al mismo tiempo también reconoce el derecho a no ser perfilados en el art. 5.2: “*El responsable del tratamiento deberá informar explícitamente al interesado sobre (...) el perfilado ...)* y sobre el ejercicio del derecho de oposición, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información y con pleno respeto al derecho a la protección de datos”⁸⁰¹. Esta referencia a la elaboración de perfiles es la ya examinada en el RGPD y en la LOPD, toda vez que este precepto remite a la protección de datos regulada en el art. 3 CDD⁸⁰² que, a su

⁷⁹⁸ CDD, art. 2.

⁷⁹⁹ CDD, art. 26.

⁸⁰⁰ Vid. art. 3.4 CDD: “(...) y derecho a la supresión (derecho al olvido) en los términos previstos en la normativa de protección de datos nacional y europea”.

⁸⁰¹ CDD, art. 5.

⁸⁰² Vid. art. 3.1 CDD que regula el derecho a la protección de datos y afirma que “1. Con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de

vez, remite a dicha normativa. Por tanto, no es el perfilado expuesto por el TJUE y que éste utiliza cuando habla de la “*visión estructurada*” que nos ofrecen las listas de resultados de los motores de búsqueda; de la visión global que muestran de la persona, quedando ésta totalmente expuesta a la vista de los demás. Es este perfilado del TJUE, el que hace que nos surja la idea de un derecho a la identidad digital para mejorar la conciliación entre protección de datos/libertad de información. En cualquier caso, la CDD es un texto avanzado. Aunque pensemos que podría haber regulado el derecho a la identidad digital de un modo más próximo a como creemos que lo hace la jurisprudencia del TJUE, lo cierto es que supone un gran avance su regulación, pues ningún texto vinculante regula este derecho.

Una vez examinada la normativa vigente, no encontramos ninguna regulación que venga a cubrir la laguna existente. No obstante, sí observamos grandes progresos en la CDD, con la regulación del derecho a la identidad digital, toda vez que, aunque considera la identidad como el resto de la normativa vigente (como el conjunto de características fisiológicas o de otro tipo, económico, cultural, social..., que identifican a una persona), lo cierto es que parece que, sin ser vinculante, está apuntando, intuyendo... un futuro nuevo derecho o dimensión de un nuevo derecho.

Por otro lado, procede realizar un análisis, principalmente, doctrinal. Y, así, debemos destacar las opiniones de los siguientes autores y organismos:

- En la web del Gobierno de Canarias encontramos una manera diferente de entender la identidad digital. El gobierno autonómico, a

27 de abril de 2016, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”. Por tanto, remite la regulación de este derecho a la normativa, nacional y comunitaria, ya examinada.

través de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad, con fondos FEDER de la UE, elaboró un proyecto educativo para la ciudadanía, en el año 2014, que contaba con distintos módulos de formación⁸⁰³. Entre ellos, se encuentra el denominado “Modulo IV. Ciudadanía digital”⁸⁰⁴, que comienza con el tema sobre “Ciudadanía e identidad digital”⁸⁰⁵, el cual afirma que “entre las nuevas competencias que la ciudadanía del s. XXI debe adquirir, está la de gestionar eficazmente su propia identidad digital”⁸⁰⁶. Identidad digital que define del modo siguiente: “el conjunto de informaciones publicadas en Internet sobre mí y que componen la imagen que los demás tienen de mí: datos personales, imágenes, noticias, comentarios, gustos, amistades, aficiones, etc. Todos estos datos me describen en Internet ante los demás y determinan mi reputación digital, es decir, la opinión que los demás tienen de mí en la red”⁸⁰⁷.

Esta identidad digital comparte sólo algunos rasgos de lo que consideramos qué es la identidad digital, y se aleja de la idea que nos ofrece la jurisprudencia. No compartimos, en ningún caso, la identificación de identidad digital con “reputación digital”⁸⁰⁸. Esta última la podemos identificar con el derecho al honor en formato digital, pero no con nuestra identidad digital (determinada por lo que opinan/opino de mí y quiero que vean) y que podría vulnerarse sin que quedara dañada la reputación digital; si bien también podría dañarla.

⁸⁰³ CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD DEL GOBIERNO DE CANARIAS, “Gestión de la identidad digital”, Módulo Ciudadanía e identidad digital”, Gobierno de Canarias, “s.f.”. Disponible en: https://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/contenidosdigitales/FormacionTIC/cdtic2014/04cd/143_gestin_de_la_identidad_digital.html. (Consulta: 26/03/24).

⁸⁰⁴ *Ídem.*

⁸⁰⁵ *Ídem.*

⁸⁰⁶ *Ídem.*

⁸⁰⁷ *Ídem.*

⁸⁰⁸ *Ídem.*

Por tanto, observamos en el Gobierno canario un intento de avanzar y adaptarse al entorno digital, que es loable y necesario; pero disentimos de su concepto de identidad digital, que consideramos que es un derecho distinto a la reputación digital. No obstante, es necesario profundizar en esta idea, pero lo haremos desde las dos autoras en quienes se basó el Gobierno canario para elaborar este estudio⁸⁰⁹.

- Así, es importante destacar la opinión de Gionés-Valls y Serrat-Brustenga, autoras del artículo utilizado, como hemos dicho, por el Gobierno de Canarias para su trabajo sobre identidad digital. Ellas limitan “el concepto de *identidad digital* a todo aquello que identifica a un individuo en el entorno web”⁸¹⁰. Y, cuando examinan cómo debe gestionarse la identidad digital, nos ofrecen un concepto de la misma que compartimos sólo en parte.

Señalan, en efecto, que “la gestión de la identidad digital (...) se define como la habilidad de gestionar con éxito la propia visibilidad, reputación y privacidad en la red”⁸¹¹, y que “En la identidad digital convergen muchos aspectos de carácter sociológico, cultural e incluso psicológico”⁸¹². Por tanto, la identidad digital sería, según estas autoras, tanto la visibilidad, la reputación, como la privacidad. No obstante, ni la reputación, ni la identificación “automática” con la privacidad, entendemos que forman parte de nuestro concepto de identidad digital.

⁸⁰⁹ Afirma el Gobierno de Canarias en su web que “La información de esta página es una adaptación del artículo original “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital” escrito por Aina Giones-Valls y Marta Serrat-Brustenga del Servicio de Bibliotecas y Documentación de la Universidad Politécnica de Cataluña”.

⁸¹⁰ GIONES-VALLS, A. y SERRAT-BRUSTENGA, M., “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”, *Revista bid*, n.º 24, Facultad de Biblioteconomía i Documentació de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 2. Disponible en:

<http://bid.ub.edu/24/giones2.htm>. (Consulta: 26/03/24).

⁸¹¹ GIONES-VALLS, A. y SERRAT-BRUSTENGA, M., *obra cit.*, p. 2.

⁸¹² *Ibidem*, p. 4.

Sin embargo, sí es relevante que la identidad digital esté conformada, también, por elementos externos; opinión que compartimos y que venimos exponiendo, pero en el sentido de que la identidad digital también es lo que los demás piensan que somos.

Al mismo tiempo estas autoras distinguen entre identidad analógica y digital, pero afirmando que ambas responden a nuestra identidad, a “una única identidad”⁸¹³. De este modo, “el conjunto de ambas [identidades, analógica y digital] es, efectivamente, la propia identidad, una única identidad”⁸¹⁴; siendo la identidad digital “nuestro propio yo dentro de un entorno virtual”⁸¹⁵. Estas ideas nos conducen a la reflexión de que los derechos son los mismos con independencia del entorno en el que los ejerzamos, analógico o digital. No obstante, en este supuesto, estamos en presencia de un derecho a la identidad digital, toda vez que es en este mundo tecnológico donde observamos la necesidad de su existencia para cubrir la laguna existente en materia de conciliación.

- Es interesante destacar, también, la opinión de Gomes de Andrade, que habla de un derecho a la identidad⁸¹⁶. Este autor (que nos ofrece una teoría mucho más elaborada que las anteriores), considera que existen tres derechos distintos, el derecho a la privacidad, a la identidad y a la protección de datos, pero que este último no sería realmente un derecho porque, según él, sólo establece “los procedimientos y métodos

⁸¹³ *Ibidem*, p. 8.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p.8.

⁸¹⁵ SAORÍN SÁNCHEZ, F.L. y GUTIÉRREZ PORLÁN, I., “La identidad digital del alumnado universitario: estudio descriptivo en la Facultad de educación de la Universidad de Murcia”, *Revista Interuniversitaria de Investigación en Tecnología Educativa (RIITE)*, n.º 4, Universidad de Murcia, Murcia, 2018, p. 89. Disponible en: <https://revistas.um.es/riite/article/view/300001/231791>. (Consulta: 22/03/24).

⁸¹⁶ NUNO GOMES DE ANDRADE, N., “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Monográfico del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*, IDP Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, n.º 13, UOC, Barcelona, febrero de 2012, p. 73. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3865431>. (Consulta: 31/01/24).

para lograr el respeto de los valores encarnados en otros derechos”⁸¹⁷. No obstante, no compartimos que el derecho a la protección de datos no sea realmente un derecho. La jurisprudencia lo viene considerando, desde hace tiempo, como un derecho autónomo; y compartimos esta postura.

Y respecto al derecho a la identidad, señala que es el que “atañe a todos los datos personales –sin importar si son ciertos o no– que puedan falsificar o transmitir una imagen errónea de la propia identidad”⁸¹⁸; y lo define como “el derecho a ser diferente de los demás, el derecho a ser único”⁸¹⁹. Es sumamente interesante y novedosa la definición que ofrece del derecho a la identidad. En primer lugar, porque lo considera un derecho pero, además, es un derecho que no identifica sólo con las características o datos físicos, psicológicos, sociales, etc..., con los datos personales —que es lo que comprende, con todas sus facetas y subderechos, nuestro derecho a la protección de datos—, sino quizás más bien con los factores psicológicos y sociales a los que también se refieren Gionés-Valls y Serrat-Brustenga, pero que no son meros identificadores. Podemos entender por factores psicológicos los “componentes propios de cada individuo, características y tendencias, que en combinación construyen personalidades específicas y diferentes en cada persona (...) (OMS, 2016)”⁸²⁰. Y por factores sociales aquéllos “que necesita [el ser humano] de los demás para constituirse en la

⁸¹⁷ *Ídem.*

⁸¹⁸ *Ídem.*

⁸¹⁹ *Ídem.*

⁸²⁰ MAITTA ROSADO, I. et al., “Factores biológicos, psicológicos y sociales que afectan en la salud mental”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Future Publishers Group Ltda, Brasil, 2018. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/03/factores-salud-mental.html>. (Consulta: 2/04/24).

sociedad y sentirse parte de la misma”⁸²¹. Estos factores, entendidos en el sentido que acabamos de definir, sí podrían acercarnos un poco más a nuestra definición de identidad digital, que no es la suma de datos/rasgos que identifican a una persona.

- El derecho a la identidad, además, está reconocido en algunos países. Desde 2014, la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos regulan este derecho en su art. 4 afirmando que “*Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos*”⁸²². Tal y como está recogido, parece claro que se refiere a la identidad como suma de rasgos, del mismo modo que realiza nuestra CDD. No obstante, autores como López Serna y Kala, en un artículo sobre el derecho a la identidad en México, señalan que “la Suprema Corte de Justicia de la Nación (...) se ha pronunciado sobre el derecho a la identidad precisando que se configura no solo por el reconocimiento de su origen biológico sino por su realidad social [...] la identidad no se agota en lo biológico. (...) se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales”⁸²³, a los que ya nos hemos referido. Esta forma de entender los tribunales el derecho a la identidad sigue siendo cercana al ámbito de protección de nuestro derecho a la protección de datos. No obstante, si consideramos que estos otros factores no son meros “identificadores” (en el sentido del art. 4 RGPD), sino que los entendemos conforme a las definiciones antes expuestas sobre los

⁸²¹ *Ídem*.

⁸²² Disponible en:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>. (Consulta 22/03/24).

⁸²³ LÓPEZ SERNA, M. L. y KALA, J.C., “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad”, *Ciencia Jurídica*, vol. 7, n.º 14, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2018, p. 68. Disponible en:

<https://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/284/331>. (Consulta: 26/03/24).

factores psicológicos y sociales; entonces podrían acercarse a la idea de identidad digital como sinónimo de conciencia de quiénes somos/qué queremos mostrar, y de lo que los demás piensan que somos.

Estos autores ahondan en el derecho a la identidad, que consideran inseparable del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y afirman que “La identidad como derecho implica las características y rasgos que le son propios al individuo y que además sirven de elementos para diferenciarlo del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico”⁸²⁴. Pero también señalan (y esto es interesante, aunque no lo compartamos), que “este derecho va más allá de la posibilidad de poseer estas características (...). Al ser un derecho, la persona debe poder tener la potestad suficiente para elegir por sí mismo todas aquellas características que le afecten exclusivamente de manera personal”⁸²⁵. El poder determinar tu propia identidad, y controlar/gestionar lo que tú piensas que eres y lo que quieres que los demás “vean” de ti, se aleja de lo que venimos entendiendo por identidad digital; toda vez que nosotros entendemos que también la conforman elementos externos, la visión que los demás tienen de nosotros —del mismo modo que ocurre en otros derechos, como el derecho al honor—. Y en este mismo sentido, compartimos la idea ya expuesta, parafraseando a Wood y Smith, de que la identidad digital es una estructura compleja integrada por tres elementos: quién creemos ser, cómo queremos que los demás nos “vean” y cómo nos “ven” realmente⁸²⁶. Creemos que es la definición que precisa, con mayor exactitud, lo que entendemos que es la identidad digital.

⁸²⁴ *Ídem*.

⁸²⁵ *Ibidem*, pp. 68-69.

⁸²⁶ Parafraseado de WOOD, A. F. y SMITH, M.J., *Online communication: linking technology, identity, and culture*, LEA, New Jersey, 2005, p. 51-77. En su obra dedican el capítulo 3 a "Forming online identities".

3. Propuesta de reforma constitucional y de *lege ferenda*

Vamos a plantear varias propuestas de reforma para tratar de dar una respuesta adecuada a los dos problemas planteados. El primero es la escasa y dispersa normativa y jurisprudencia existente en materia de conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información, a excepción de la jurisprudencia sobre el derecho al olvido. Y el segundo, como dijimos, la existencia de una laguna en materia de conciliación, vinculada al derecho al olvido (y, por tanto, al derecho a la protección de datos) y que nos ha llevado al estudio de la identidad digital.

Del examen de la normativa y doctrina expuesta en el presente trabajo, podemos concluir que existe un derecho a la identidad digital⁸²⁷ que nos sirve —al menos, en lo que respecta a nuestro estudio, aunque es un derecho mucho más amplio— para mejorar la conciliación entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de información. Consideramos que se trata de un derecho autónomo, en el mismo sentido que el derecho al olvido⁸²⁸ (al que está íntimamente ligado). Y del mismo modo que el derecho al olvido, está integrado en el derecho a la protección de datos, completando el contenido de este

⁸²⁷ La construcción del derecho a la identidad digital será una futura línea de investigación. En ella trataremos de determinar los diferentes aspectos de su naturaleza jurídica: contenido esencial, elementos, definición...

⁸²⁸ Existen opiniones contrapuestas sobre el derecho al olvido:

- La AEPD ha venido considerándolo como una “manifestación del derecho de supresión aplicado a los buscadores de internet”. Disponible en: <https://www.aepd.es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido>. (Consulta: 2/04/24).

- La jurisprudencia constitucional lo considera como un auténtico derecho pero integrado en el derecho a la protección de datos, necesario para garantizar este último.

último derecho. Podríamos decir que es un derecho autónomo y, a la vez, un subderecho o faceta que garantiza el derecho a la protección de datos —como lo hacen los demás derechos que lo conforman—. A su vez, el derecho al olvido es una garantía del derecho a la identidad digital, como expondremos.

De esta manera, no sólo queda protegida nuestra identidad como suma de características/rasgos a través de identificadores (que está amparada por nuestro derecho a la protección de datos); sino también nuestra identidad digital que comprende elementos internos y externos: la conciencia/visión que cada uno tiene de sí mismo, de lo que quiere mostrar a los demás y la visión que los demás tienen de nosotros.

Además, para la existencia de este derecho a la identidad digital, debemos destacar, sobre todo, lo siguiente:

- La jurisprudencia del TJUE cuando regula el derecho al olvido: porque de ella extraemos, como dijimos, la clave que nos ha llevado a considerar que existe este derecho a la identidad digital y que sirve, al menos, para cubrir la laguna observada en materia de conciliación entre protección de datos/libertad de información. La clave se encuentra en que el TJUE considera que la base del borrado de los enlaces que nos muestran las listas de resultados de los motores de búsquedas (cuando éstas se efectúan por el nombre), es evitar una visión global de la persona que puede ir contra su identidad digital. Es cierto que el TJUE no alude expresamente a la identidad digital, pero sí nos muestra la idea sin ahondar en la misma y dejando sin resolver cuestiones importantes que plantea esa “visión estructurada” cuando la ligamos sólo al actual contenido de la protección de datos.

El problema que no resuelve el TJUE es que no permite el borrado de los citados enlaces (en búsquedas efectuadas por el nombre),

cuando los enlaces no contienen datos/información inexacta, no pertinente, desactualizada, Y, ello, aunque los enlaces estén conformados con retazos de noticias que se encuentran en el mundo digital, que nos muestren una visión completa, más bien sesgada, de la persona y que podría ser contraria al derecho a la identidad digital. En este supuesto prevalece la libertad de información en su conciliación con la protección de datos, toda vez que este último derecho no está compuesto, actualmente, por este subderecho o faceta del mismo que sería la identidad digital. Es necesario cubrir esta laguna, ya que la exposición en la red no nos priva de nuestros derechos del art. 18⁸²⁹.

- Y también debemos tener en cuenta la CDD: que, aunque no es vinculante, ya apunta hacia la posibilidad de la existencia de un derecho a la identidad digital (del mismo modo que algunos de los autores examinados).

Podríamos hablar, en resumidas cuentas, de un derecho a la identidad digital (mejor que derecho a la identidad, por el entorno en el que se ejerce, pero siendo el mismo derecho). Nos encontramos ante un derecho a la identidad digital que se integra y amplía el contenido del derecho a la protección de datos, del mismo modo que lo hace el derecho al olvido, al que está íntimamente ligado⁸³⁰.

Y con ello, insistimos, estamos ampliando el derecho a la protección de datos, reformulándolo para adaptarlo todavía más a la realidad actual, mucho más tecnológica, como se observa con la aprobación reciente del Reglamento IA. Es una adaptación que responde

⁸²⁹ Vid. STC, sala 2ª, 27/2020, de 24 de febrero, FJ 3, cuando señala, como dijimos, que no “*puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE*”.

⁸³⁰ No hay que olvidar que la propia jurisprudencia constitucional viene afirmando que el derecho al olvido está integrado en el derecho a la protección de datos Por todas, STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio, FJ 3.

a lo recogido en la Carta de Derechos Digitales cuando afirma que “*no se trata necesariamente de descubrir derechos digitales pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos*”⁸³¹. Sobre ello profundiza Arenas Ramiro, compartiendo su opinión, cuando señala “que más que nuevos derechos digitales, lo que se produce es una impregnación del carácter digital en los derechos ya existentes, en su ejercicio, y que lo que se requiere es un proceso de reinterpretación o desarrollo de los tradicionales derechos adaptándolos y protegiéndolos en un entorno digital”⁸³².

Y esto es lo que ocurre con el derecho a la protección de datos, que se encuentra en una evolución constante y que ahora debe volver a adaptarse a la realidad vigente, ampliando su contenido con este nuevo derecho (subderecho o faceta), que es el derecho a la identidad digital. El derecho a la identidad digital, a su vez, tiene como garantía el derecho al olvido (al que aparece ligado en la jurisprudencia expuesta) y, con ello, mejoramos la conciliación entre protección de datos/libertad de información. Este último derecho tiene, lógicamente, un nuevo límite en el derecho a la identidad digital.

La ampliación del derecho a la protección de datos no supone ningún problema. La evolución de los derechos “se enmarca en el propio continuum interpretativo al que se someten todas las normas”⁸³³, toda

⁸³¹ CDD, Consideraciones previas. *Vid.* cuando se señala que “*la Carta de derechos digitales que se presenta no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. Se trata de un proceso naturalmente dinámico dado que el entorno digital se encuentra en constante evolución con consecuencias y límites que no es fácil predecir*”. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. (Consulta: 31/01/24).

⁸³² ARENAS RAMIRO, M., “Los derechos digitales y la buena Administración digital” en MEDINA GUERRERO, M. (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la Administración digital*, CEPC, Madrid, 2023, p. 42.

⁸³³ *Vid.* BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *obra cit.*, p. 43.

vez que “la idea de una constitución inmutable en el tiempo, se aleja de cualquier consideración de un derecho dinámico y susceptible de adaptación a los momentos en que se aplica”⁸³⁴.

Por tanto, el derecho a la identidad digital completa el derecho a la protección de datos. Sirve, al menos, para mejorar la conciliación entre los derechos en juego ante la imposibilidad de eliminación de los enlaces que nos ofrecen las listas de resultados de los motores de búsqueda que ofrecen una visión general, y sesgada, de una persona formada por trozos de informaciones (incluso a veces acompañadas de fotografías), cuando los enlaces son exactos, ... Esta eliminación no es posible amparada en el actual derecho a la protección de datos, con su regulación normativa y con toda la amplitud que nos ofrece la jurisprudencia. Como dijimos, ese borrado es posible cuando examinados individualmente los enlaces, éstos sean “*inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo*”⁸³⁵; pero no ampara el borrado que no reúna estos requisitos. Es decir, no ampara la supresión cuando los datos/información que queda expuesta en los enlaces de las listas de resultados (en búsquedas por el nombre), son adecuados, exactos, pertinentes, actualizados, y no excesivos; pero que examinados en conjunto nos ofrecen una visión panorámica de la persona que puede atender contra su identidad digital, en el sentido expuesto de ir contra la conciencia que una persona tiene de sí misma o de lo que quiere mostrar a los demás, o de la visión que los demás tienen de ella.

Por tanto, esta parte del contenido del derecho a la protección de datos que es el derecho al olvido, tal y como está planteado en la normativa y en la jurisprudencia más reciente del TJUE y de nuestro

⁸³⁴ *Ídem.*

⁸³⁵ LOPDGDD, art. 93.

Alto Tribunal, no resuelve la conciliación entre protección de datos/libertad de información, desde el momento en el que no se borra, con carácter general, esa visión integral que podemos obtener de una persona, pública o privada, si las webs a las que remiten los enlaces de las listas de resultados de los motores de búsqueda contienen datos/información verdadera, no obsoleta...

El borrado de la información contenida en los citados enlaces se consigue ampliando el contenido del derecho a la protección de datos. No se trata de primar, en ningún caso, la protección de datos (ampliada con el derecho a la identidad digital) sobre la actividad periodística, sino de hacer prevalecer el borrado de enlaces en búsquedas por nuestro nombre que nos ofrezcan una visión general, una exposición sesgada cuando sea contraria a nuestra identidad digital en el sentido que venimos refiriendo. Lógicamente, sin perjuicio de primar la libertad de información (base del sistema democrático), como hace la jurisprudencia expuesta, y no proceder al borrado de ninguna noticia, ni tampoco cuando las búsquedas no se realicen por el nombre.

Evidentemente, estamos dejando a los Tribunales que efectúen el juicio de ponderación y determinen si debe prevalecer, o no, en cada supuesto, el derecho a la libertad de información o a la identidad digital (integrada en la protección de datos). Y, para ello, tendrán en cuenta que este derecho consiste no sólo en la visión que tenemos de nosotros, sino en la que los demás creen tener y en lo que queremos mostrar a los demás. Consideramos que este último elemento será clave en esa ponderación, toda vez que se podrá tener en cuenta qué datos/información ha ido mostrando o compartiendo la persona a través de las redes. Pero, en cualquier caso, se podrá proceder al borrado aunque los datos/información de los enlaces reúnan todos los requisitos

legal y jurisprudencialmente previstos para su no borrado (veraces, no obsoletos, de persona pública, de interés público...), siempre que los mismos, examinados en conjunto, nos ofrezcan una visión completa (y segada) de la persona que vulnere su derecho a la identidad digital.

Por tanto, la ampliación del contenido del derecho a la protección de datos es necesaria, toda vez que en este mundo digital la facilidad de acceder a las informaciones a través de los buscadores no es comparable con esa visión panorámica que podrían ofrecernos los medios analógicos. Ahora es suficiente con disponer de un ordenador, apretar una tecla o introducir un nombre en un buscador para hacernos una “imagen” de la persona que puede vulnerar su derecho a la identidad.

Insistimos en que el derecho a la identidad digital es un derecho que forma parte del contenido del derecho a la protección de datos y que está ligado al derecho al olvido, como se desprende de la importante STJUE sobre el derecho al olvido —STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al.—. En ningún caso, el derecho a la identidad digital implica la creación de un derecho nuevo, sino que el mismo se deduce del estudio, insistimos, de la propia jurisprudencia, normativa y doctrina examinada. También se deduce de la adaptación del derecho a la protección de datos a los grandes avances tecnológicos que estamos viviendo en estos momentos y, sobre todo, ha surgido de la laguna observada en materia de conciliación entre protección de datos/libertad de información. El derecho a la identidad digital nos permite resolver esta laguna a través del derecho al olvido, ampliando este último. Por tanto, también se convierte la identidad digital en un límite para la libertad de información.

Por lo expuesto, proponemos dos reformas distintas:

- Una propuesta de reforma constitucional. No obstante, antes de efectuarla nos hemos planteado, al menos sucintamente, si es necesaria o no la misma para incluir nuevos derechos en la Constitución, lo que entronca con el tema de la posibilidad de actualizar aquélla. Existen opiniones doctrinales encontradas en torno a si nuestra CE contiene o no cláusula de actualización de derechos que, salvo mejor criterio, consideramos prevista⁸³⁶ en el art. 10 CE, que nos remite a la interpretación de los derechos y libertades existentes conforme a las normas internacionales sobre la materia. Por ello, es posible “crear” nuevos derechos sin necesidad de reformar la Constitución para incluir otros, toda vez que los existentes se pueden actualizar y adaptar a las vigentes necesidades de una sociedad digitalizada.

Y ahondando en esta idea, compartimos la reflexión que realiza Tur Ausina —refiriéndose a la historia del derecho público— cuando afirma que “antes de inventar ninguna categoría, institución o principio, conviene reinventar o reajustar las existentes”⁸³⁷. Llevando esta sugerencia al ámbito de los derechos fundamentales, no sería necesario plantear una reforma constitucional para ampliar derechos, considerando suficientes los existentes, si bien con la oportuna adecuación a la

⁸³⁶ En sentido contrario se pronuncian, entre otros, ROIG, A., “E-privacidad y redes sociales”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, n.º 9, UOC, Barcelona, 2009, p. 43. Cuando afirma que “es preciso saber que la Constitución española, a diferencia de la portuguesa o la americana, por ejemplo, no contiene ninguna cláusula de actualización de derechos fundamentales. Por lo tanto, los posibles nuevos derechos que aparezcan como consecuencia de la extensión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación no pueden ser descubiertos autónomamente por el Tribunal Constitucional”. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/788/78813254010.pdf>. (Consulta: 30/01/24).

⁸³⁷ TUR AUSINA, R., “Lealtad constitucional y democracia”, *Revista de derecho político*, n.º 101, UNED, Madrid, 2018, p. 511. Disponible en: <https://www.proquest.com/docview/2281095874/fulltextPDF/AB451064E3D34FEC PQ/1?accountid=28939>. (Consulta: 30/01/24).

realidad tecnológica del contenido de los mismos en los términos señalados anteriormente.

Aunque pudiera resultar contradictorio con los antecedentes expuestos, lo cierto es que vamos a realizar una propuesta de reforma constitucional; pero ésta es sencilla y, por tanto, acorde con las afirmaciones vertidas. La propuesta se realiza al margen de los problemas que venimos exponiendo, toda vez que con ella también mejorará la conciliación, al modificarse la terminología del art. 18.4 CE (que es lo que proponemos) y adaptarse a la que usualmente es utilizada en la actualidad.

No se pretende la introducción de un nuevo derecho fundamental, un derecho a la identidad digital, simplemente pretendemos una mayor claridad del art. 18.4 CE, precepto básico en esta sociedad tecnológica, para sustituir el texto actual por otro que recoja la denominación jurisprudencial y legislativa ampliamente utilizada de derecho a la protección de datos. La revolución tecnológica que vivimos hace necesaria la adaptación del art. 18.4 CE a la realidad normativa, comunitaria y nacional, así como a la realidad de la propia ciudadanía. Es evidente que tanto en el mundo analógico como digital se utiliza la terminología “derecho a la protección de datos” —lo hemos reiterado a lo largo del presente trabajo—, y es así como se recoge en el RGPD y en la LOPDGDD, como en el resto de normas y documentos no vinculantes examinados y en la doctrina expuesta.

Esta reforma que pretendemos no es ninguna utopía, es una reforma rápida y nada complicada como se acaba de demostrar con la reciente tercera reforma que ha experimentado nuestra CE y que se ha realizado exclusivamente para modificar su terminología. En concreto, la modificación operada en el art. 49 CE, en fecha 15 de febrero de

2024⁸³⁸, señala en su Preámbulo que se realiza porque “*el mencionado artículo ha desplegado una notable influencia en la actuación de los poderes públicos y ha sido objeto de un considerable desarrollo legislativo*”⁸³⁹, así como por la necesidad de adaptarse a la normativa internacional. Y es esto también lo que ocurre en materia de protección de datos, por lo que, en consecuencia, la reforma que proponemos es posible, toda vez que la pretensión es la misma, modificar la terminología existente y sustituirla por el concepto usado de manera general. Los nombres son importantes, pues con ello se consigue un mejor conocimiento de la protección de datos por parte de la ciudadanía, al encontrarla expresamente regulada en un precepto constitucional.

Se propone, por tanto, el siguiente texto del art. 18.4 CE: “*Se garantiza el derecho a la protección de datos personales*”. No siendo necesario introducir el derecho a la identidad digital, toda vez que, como el derecho al olvido, forma parte del contenido del derecho a la protección de datos, tal y como hemos expuesto.

-Y en segundo lugar, realizamos una propuesta de *lege ferenda*, que siempre es posible para una más rápida adaptación de la legislación vigente a la realidad social. Y, sobre todo, si tenemos en cuenta la previsión del RGPD⁸⁴⁰ que exigía a los legisladores nacionales la introducción de la “excepción periodística” a las reglas generales de regulación del derecho a la protección de datos. Dicha excepción no se ha introducido. Por tanto, nos encontramos con escasa y dispersa normativa y jurisprudencia en materia de conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información, a excepción de la jurisprudencia sobre el derecho al olvido.

⁸³⁸ Publicada en el BOE de 17 de febrero de 2024.

⁸³⁹ *Ídem*.

⁸⁴⁰ *Vid.* Considerando 153 RGPD.

Nuestra propuesta parte de esta premisa y simplemente pretende que el legislador, sin necesidad de modificar la actual LOPDGDD, elabore una norma —al estilo del Código de buenas prácticas del Reino Unido— para la conciliación entre el derecho a la protección de datos con la libertad de información. Y que lo haga “bebiendo” de ese Código, de lo bueno que tiene y depurando los errores entre los que se incluyen un exceso de articulado y ejemplos que terminan dificultando su comprensión. Se trataría de recoger, tal y como que hemos expuesto en los epígrafes precedentes, toda la normativa y jurisprudencia que aparece dispersa en la LOPDGDD y en el RGPD, que establecen excepciones periódicas a la aplicación general de las normas; e incluyendo también toda la jurisprudencia que trata dicha conciliación, al menos las sentencias relativas al derecho al olvido y cuya doctrina aparece resumida en la reciente STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre. Y se propone, asimismo, la introducción de la necesaria referencia a la posibilidad del borrado de los enlaces que nos ofrecen las listas de resultados de los motores de búsqueda, en búsquedas efectuadas por el nombre. Y sólo de aquellos enlaces que recojan fragmentos/retazos de noticias que, examinados en su conjunto, nos muestren una visión completa de la persona que pueda atentar contra su derecho a la identidad digital en el sentido que venimos exponiendo, aunque la información de los enlaces sea cierta, actualizada...

En ningún caso, con esta última inclusión en la propuesta de *lege ferenda* se pretende borrar información, noticias difundidas digitalmente en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información. Más bien al contrario, partimos de su no borrado. El borrado debe ser sólo de los enlaces que nos ofrezcan los motores de búsqueda generalistas, cuando las búsquedas se realicen por el nombre; pero, eso sí, con

independencia de la información que contengan dichas páginas/enlaces: si son o no veraces, si se refieren o no a personas públicas, o si están o no obsoletos..., siempre que la visión conjunta que muestren atente contra la identidad digital.

La búsqueda por el nombre en el mundo digital nos lleva a que las búsquedas muestren un perfil, una visión panorámica —y sesgada— de la persona, que la expone al público en general como una radiografía, que lo hace rápidamente, a golpe de “ratón” y que podría vulnerar su derecho a la identidad digital. El derecho a la información, en el mundo analógico, no permitía esa exposición de la identidad con carácter general, sin perjuicio de que las noticias pudieran tener repercusión en la televisión, etc... El problema ahora es que no se necesita buscar periódicos antiguos en papel, basta un golpe de click y se encuentra la panorámica, el perfil de cualquier persona. Debemos preservar nuestra identidad digital y fomentar la libertad de información; y para ello la reforma que proponemos debe incluir también esta posibilidad de borrado cuando se vulnere el derecho a la identidad digital.

Con esta propuesta de *lege ferenda* se obtiene un código que recoja toda la normativa y jurisprudencia existente en materia de conciliación entre protección de datos/libertad de información y que ahora mismo se encuentra dispersa; además de mejorar la conciliación, ampliando el contenido actual de la protección de datos con el derecho a la identidad digital. En todo caso, se consigue una tutela más efectiva para los titulares de los derechos en juego. Quienes ejercen la libertad de información tendrán una mayor garantía, toda vez que dispondrán de un Código que les facilitará el ejercicio de la actividad informativa, sin la inseguridad jurídica que conlleva la existencia de normativa dispersa. Al mismo tiempo, con la ampliación de la protección de datos, incluyendo

el derecho a la identidad digital, se consigue que los titulares de este derecho tengan protegida una nueva faceta de su privacidad frente a los inexorables avances tecnológicos; garantizándoles una mayor efectividad del derecho a la protección de datos.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos ido examinando la evolución del derecho a la protección de datos en el marco del derecho a la libertad de información y siempre teniendo como punto de referencia la (r)evolución digital. Ello nos ha guiado hasta las propuestas finales, que formulamos para enriquecer la conciliación entre ambos derechos fundamentales. Este camino nos ha planteado retos que hemos tratado de solucionar y que han dado lugar a las siguientes reflexiones:

PRIMERA.- La inclusión del derecho a la protección de datos en el art. 18.4 CE es consecuencia de los primeros avances tecnológicos, no sólo informáticos, que por nimios que nos puedan parecer ahora, contribuyeron a iniciar el largo camino hasta su incorporación en nuestra Constitución.

Hemos de agradecer a nuestros constituyentes que tuvieran una “visión” acertada, y adelantada, de lo que es el actual derecho a la protección de datos y lo incorporaran como derecho fundamental. Quizás falló la técnica legislativa, toda vez que no utilizaron la expresión “protección de datos” que ya se había incorporado a otras legislaciones de nuestro entorno más cercano. Sin embargo, supieron ver la necesidad de su regulación para protegernos frente al uso inadecuado de la informática.

En este momento histórico nos encontramos con un art. 18.4 CE que regula un derecho algo indefinido y versátil, que ha ido perfilándose sobre la marcha.

SEGUNDA.- Los constituyentes incorporaron también a la CE, como derecho fundamental, la libertad de información, con una

regulación en la que echamos en falta una regulación más precisa sobre el término “veraz”, que después se convertirá en uno de los puntos clave en la conciliación con la protección de datos. Esa imprecisión, por el escaso debate que hubo en torno al mismo, condujo a que el mencionado término tuviera que ir perfilándose jurisprudencialmente. Nos parece adecuado que fuera el TC el que desarrollara y concretara este concepto, pero ello no obsta para que consideremos que debió debatirse más sobre el contenido de un derecho fundamental, la libertad de información, que es base de nuestro sistema democrático.

En todo caso, las primeras tensiones entre protección de datos/libertad de información comienzan asociadas a la informática y al concepto de veracidad. Y será necesario que avancemos mucho tecnológicamente, ya bien entrado el s. XXI, para que los encuentros, desencuentros y conciliaciones, entre los derechos en juego, empiecen a girar alrededor de otros conceptos, también claves, como los datos o la identidad digital.

TERCERA.- En lo que atañe a la evolución del contenido de la protección de datos, éste está íntimamente ligado al desarrollo tecnológico. En la segunda mitad del s. XX —etapa que hemos llamado “analógica” o clásica, en contraste con la de auténtica (r)evolución digital—, es cuando surgen distintas normativas en torno a este derecho, que van ampliando su contenido, adaptándolo a esta realidad tecnológica.

Sin embargo, sorprende en cierta medida que nuestro TC siga ligando el art. 18.4 CE con los clásicos derechos de la privacidad. Ello al mismo tiempo que nuestro Alto Tribunal, en las sentencias que tratan sobre el art. 18.4, utiliza indistintamente los términos

identidad/privacidad e, incluso, llega a identificar, creemos que erróneamente, la privacidad con la protección de datos.

En efecto, aunque intimidad y privacidad son conceptos jurídicos de difícil concreción, entendemos que no cabe la identificación de la privacidad sólo con el art. 18.4 CE. La privacidad es una categoría general que comprende todos los derechos del art. 18 e incluso, en la actualidad, podría incluir otros derechos fuera de este precepto como la libertad personal o la integridad psicológica. Y a su vez, cada uno de los derechos del art. 18 son derechos concretos que se encuentran dentro de la categoría de privacidad. Ello sin olvidar, finalmente, que el propio art. 18.4 CE “bebe” también de otros derechos y bienes jurídicos que se encuentran fuera del art. 18.4 CE, sin que esto suponga, en ningún caso, la identificación de la protección de datos con la privacidad.

CUARTA.- Al final de la etapa analógica se producen una serie de acontecimientos relacionados con la informática y los medios de comunicación de masas, y que obligan a que se dicte normativa internacional y nacional en materia de protección de datos. Es ahora cuando, efectivamente, nuestro TC construye un derecho *ad hoc* para su protección, a través de la STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre. Compartimos el contenido que le atribuye a este derecho, aunque todavía inacabado, que implica, parafraseando al TC, un poder de control sobre nuestros datos personales y de disposición de los mismos.

Aunque dicha sentencia supuso un hito en materia de protección de datos en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que en ella se plantea un problema, pues el TC no tiene claro si estamos ante un “nuevo” derecho fundamental o sólo ante una garantía de otros derechos cuando se produce un uso inadecuado de la informática. Una idea que

sostuvo en posteriores sentencias —que lógicamente zanjó—, y que pudo deberse, casi con toda seguridad, a la literalidad del precepto, del que parecía desprenderse esta interpretación.

En todo caso, el TC nos ofrece en este primer momento un concepto amplio, pero insuficiente, de la protección de datos, si bien comienza a desarrollarlo inmediatamente, toda vez que, en su posterior sentencia de la misma fecha (STC 292/2000, pleno), lo consolida y amplía, remitiéndose expresamente a la normativa internacional sobre la materia. Con esta técnica, que nos parece adecuada, comienza a dotar de mayor contenido este derecho fundamental que acaba de iniciar su andadura.

QUINTA.- En lo que respecta a los conflictos entre protección de datos/libertad de información, es importante el desarrollo jurisprudencial del término *veraz/veracidad*, que es un límite interno de la libertad de información. Aquí surgen varias cuestiones a tratar:

- En primer lugar, compartimos el criterio que fija el TC, y que mantendrá en el tiempo, de considerar la veracidad como subjetiva, no resultando necesario que la noticia/información sea verdadera objetivamente, pues basta que se haya realizado una labor diligente por quien ejerce la libertad de información.

- En segundo lugar, el concepto jurisprudencial de veracidad no ha cambiado, sigue siendo el mismo en la actualidad, si bien las condiciones del ejercicio de la libertad de información han mutado por el entorno digital actual, mucho más tecnológico que en otras épocas. Quizá por ello debería entonces mutar el significado jurídico para adaptarlo a esta realidad.

Observamos, en efecto, que la digitalización experimentada por nuestra sociedad actual ha provocado que repetir una información constantemente en un medio digital, aunque no la convierte necesariamente, y desde el punto de vista jurídico, en una información verdadera, sí la “transforma” en verdadera *de facto* para la sociedad en general. Esas noticias repetidas acaban convertidas en “verdades tecnológicas” y pueden afectar a la identidad digital de la persona.

Por tanto, el concepto de veracidad debe experimentar una transformación, nunca para exigir una veracidad objetiva que impediría, *de facto*, el ejercicio de la libertad de información, sino para exigir, si cabe, una mayor diligencia en este mundo digital, imponiendo a quien ejerce la libertad de información, que sea más cuidadoso en su búsqueda, que acuda a las fuentes, y que no se base en meras suposiciones o rumores, o en “verdades” repetidas.

- Por otro lado, los titulares de la libertad de información han ido variando al compás de los avances tecnológicos. En el mundo analógico no nos planteábamos quién podía ejercer este derecho fundamental, dábamos por hecho que eran periodistas profesionales. Sin embargo, conforme nos hemos adentrado en esta sociedad digitalizada, la titularidad de la libertad de información pasa a depositarse, de forma intensa, en la ciudadanía. Esto es lógico, pues las nuevas tecnologías están al alcance de cualquier persona y, además, ni el art. 20.1 d) CE, ni el art. 11 CDFUE impiden que el derecho a la libertad de información sea ejercido por quienes no son periodistas profesionales, como así lo corrobora, por lo demás, la jurisprudencia.

Es un derecho de la ciudadanía el poder ejercer la libertad de información, pero deben cumplir, como los periodistas profesionales, los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige respecto del

término veracidad, debiendo ser diligentes en la elaboración de las noticias/informaciones que vierten en las redes. ¿Pero el grado de diligencia debe ser el mismo?, ¿el alcance, la intensidad... de la diligencia debe ser la misma?

SEXTA.- Es en el contexto de finales del s. XX y los inicios del s. XXI donde podemos considerar que se sitúa el comienzo jurídico de la fase de digitalización de la sociedad, de auténtica revolución tecnológica. Un periodo en el que tienen lugar grandes avances tecnológicos —principalmente, la expansión de internet y su uso más generalizado por la ciudadanía—, que producen tanto cambios en la sociedad, como nuevas formas de comunicar e informar y que, en definitiva, suponen un marcado redimensionamiento de los derechos de la persona.

En este contexto de digitalización de la sociedad y de aportación masiva de información a la red por parte de cualquier persona, es donde se plantea, entre otros muchos, un problema íntimamente relacionado con la protección de datos y la libertad de información. A saber, el de los sesgos.

Es necesario conocer los patrones que utilizan los motores de búsqueda/programas de IA y cuáles son sus sesgos, por su influencia en la elaboración de las noticias, pudiendo afectar a nuestra identidad digital. El auténtico problema de dichos sesgos es que se encuentran en múltiples “lugares” dentro del proceso de elaboración de una noticia/información. Así, están en la ingente masa de datos que circulan por la red, teniendo en cuenta que, a su vez, los motores de búsqueda utilizan algoritmos con sesgos. Esos datos/motores de búsqueda sesgados son usados por quienes ejercen la libertad de información. Al mismo tiempo, los periodistas/ciudadanos introducen sesgos al elegir los

datos para elaborar la noticia. Y, sobre todo, ocurre que con esos datos/noticias sesgadas se puede conformar nuestra identidad digital o, quizá, una visión contraria a nuestra identidad digital.

Es evidente el problema que plantean los sesgos. Ahora bien, en cualquier caso, consideramos que una posible solución sería la educación digital tanto de la ciudadanía en general, como de quienes ejercen la actividad informativa en particular. Y ello porque, sin perjuicio de cómo se aportan los datos, es en la forma de recolección de los mismos por quienes ejercen la libertad de información y la reproducen, donde entra en conflicto la libertad de información con la protección de datos.

SÉPTIMA.- Conforme avanzamos en la digitalización de la sociedad, constatamos (o, al menos, intuimos) una necesidad cada vez mayor de conciliar los derechos examinados: protección de datos/libertad de información. Y, al mismo tiempo, observamos que tanto la regulación normativa como la interpretación jurisprudencial de dichos derechos, no terminan de perfilar adecuadamente esa conciliación.

En lo que respecta a la regulación normativa, nos encontramos con una vasta legislación en materia de protección de datos que, manteniendo la esencia de este derecho, amplía paulatinamente su contenido. Así, en el ámbito comunitario el derecho a la protección de datos está regulado en el RGPD, que lo dota de un amplísimo contenido, con medidas preventivas y normas sancionadoras. En el ámbito nacional, la regulación se encuentra recogida en la LOPDGDD, donde el legislador desarrolla y amplía normativamente el derecho fundamental a

la protección de datos, siempre bajo el paraguas del contenido fijado jurisprudencialmente y por imperativo de la normativa comunitaria.

No obstante, esta amplia regulación no resuelve los problemas que la actual sociedad tecnológica plantea en el ámbito periodístico. Es más, si aplicáramos íntegramente a la actividad periodística la extensa normativa que está prevista en el RGPD y en la LOPDGDD, prácticamente se impediría el ejercicio de la libertad de información. Baste para acreditar dicha dificultad, ver el contenido del art. 17.1 y 2 RGPD que regula el derecho de supresión o derecho al olvido. Todo el borrado de datos que permite, abocaría a quienes ejercen la libertad de información prácticamente a su desaparición en esta era tecnológica, de acceso a multitud de datos.

No obstante, es cierto que el RGPD sí tiene la intención de fomentar la conciliación a través de excepciones/exenciones periodísticas, aunque creemos que no lo logra. En efecto, en su Considerando 153 y en el art. 85, impone a los Estados miembros que concilien los derechos en juego, dejando en manos de los legisladores nacionales la regulación de la excepción periodística. Al respecto, consideramos adecuado que sean estos legisladores nacionales los que establezcan los límites al derecho a la protección de datos, toda vez que, al estar más cerca de la ciudadanía, conocen mejor los conflictos entre estos dos derechos en su territorio. Sabemos que esta regulación puede producir divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE, pero creemos que serían mínimas dada la amplísima normativa sobre protección de datos que se debe cumplir casi inexorablemente. Por otro lado, el que la imposición sea al legislador, no impide que los Tribunales puedan establecer límites o excepciones al resolver conflictos sobre los derechos en juego.

Aunque estamos de acuerdo en la necesidad de regular la excepción periodística para poder conciliar protección de datos/libertad de información, nuestro legislador no ha cumplido con el mandato reglamentario. Quizás la falta de regulación se deba a la escasa tradición, en nuestro país, de establecer límites a la libertad de expresión en general, lo que podemos aplicar a la libertad de información. En todo caso, considero recomendable llevar a cabo la regulación, toda vez que facilitaría la labor periodística. No obstante, debería realizarse con la previa intervención de todos los sectores implicados, fomentando el diálogo, siempre necesario, entre periodistas profesionales, ciudadanos que ejercen el periodismo, legislador, ciudadanía...

OCTAVA.- En la legislación, comunitaria y nacional, existen preceptos para tratar de conciliar la protección de datos/libertad de información y así solucionar el problema expuesto, evitando la aplicación íntegra de la vasta normativa existente al ejercicio de la libertad de información. No obstante, estos preceptos son escasos y se encuentran dispersos.

Nos llama la atención que el RGPD primero afirme que la UE no va a regular las excepciones periodísticas y luego establezca algunas. Ello no implica una extralimitación, pues es lógico conjugar el principio de subsidiariedad, al que nos hemos referido, con la necesidad de evitar la inseguridad jurídica con múltiples legislaciones nacionales.

Entre las excepciones periodísticas reguladas, hemos de destacar la prevista en el art. 17.3 a), que regula el derecho de supresión (o derecho al olvido). Este precepto afirma, de manera genérica, que no se podrá ejercer esta facultad de supresión si estamos ante la elaboración de una noticia en el ejercicio del derecho

fundamental a la libertad de información. No podremos suprimir, sin más, una noticia elaborada por quien ejerce la libertad de información; lo que tiene un absoluto sentido si partimos de que el derecho a la libertad de información es la base de toda sociedad democrática. Esta excepción es relevante, toda vez que casi toda la jurisprudencia en materia de conciliación entre protección de datos y libertad de información gira en torno al derecho al olvido, lo cual es lógico porque es una garantía necesaria para su efectividad.

Nuestra LOPDGDD, aunque no ha cumplido con el mandato de regular expresamente la excepción periodística, sí contiene, de manera indirecta y dispersa, algunas excepciones importantes. Entre ellas destaca el derecho de supresión, regulado de manera genérica en el art. 15 LOPDGDD (que remite a la regulación contenida en el art. 17 RGPD); y de manera más concreta en los arts. 93 (olvido en las búsquedas de internet) y 94 (olvido en redes sociales y servicios equivalentes).

De estos preceptos debemos destacar el art. 93, ya que en él observamos una laguna a cubrir en materia de conciliación. Este precepto permite que se supriman, de las listas de resultados de los motores de búsqueda, los enlaces que contengan información de una persona, cuando la búsqueda se haya realizado por el nombre y cuando los enlaces sean *“inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo”*. Este artículo, que reproduce la jurisprudencia europea y nacional sobre el derecho al olvido, deja sin resolver (del mismo modo que la jurisprudencia), entre otras cuestiones, qué ocurre si no concurren estos requisitos: ¿no se pueden borrar esos enlaces?, ¿estamos ante un auténtico derecho al olvido?.

Como venimos exponiendo, la normativa existente, comunitaria y nacional, no termina de perfilar adecuadamente la conciliación entre protección de datos/libertad de información, a pesar de que la conciliación es cada vez más necesaria en esta sociedad digitalizada.

NOVENA.- Ante la escasa normativa en materia de conciliación respecto de los derechos en juego, se ha dejado en manos de los tribunales dicha conciliación, que han jugado un papel relevante. Sin embargo, consideramos preferible una regulación normativa, que conlleva mayor seguridad jurídica, sin perjuicio de que, lógicamente, cuestiones concretas se diriman en los tribunales.

Es necesario mencionar, por su importancia en materia de conciliación, la STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD y otro, que regula el llamado derecho al olvido. Y tampoco podemos olvidar la STC 58/2018, de 4 de junio, que incide y amplía este derecho. Posteriores resoluciones de ambos tribunales (incluso del TS: STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre), vienen a reiterar, con alguna matización, la doctrina establecida en ellas.

La relevancia de la sentencia del TJUE estriba en que reconoce expresa y detalladamente un derecho a la supresión de datos, derecho al olvido, que recogía sucintamente la Directiva 95/46/CE en su art. 12 (este precepto también estaba previsto en nuestra LOPD). Tanto la STJUE como la del TC suponen un punto de inflexión en la conciliación entre los derechos examinados; sobre todo en este momento de revolución tecnológica en el que, comparándolo con la etapa inmediatamente anterior, “analógica”, observamos una mayor colisión entre ellos.

Estas resoluciones arrojan más luz sobre la conciliación al considerar el derecho al olvido como un derecho fundamental y autónomo, aunque integrado en el derecho a la protección de datos, que permite suprimir o desindexar datos de los motores de búsqueda (generales y de las hemerotecas digitales). Y esto es relevante, toda vez que los motores de búsqueda son, desde el inicio de la etapa digital, un punto clave de recogida de datos por quienes ejercen la libertad de información para elaborar sus noticias. Estas sentencias, creemos que con gran acierto, consideran que la actividad que realizan los buscadores es tratamiento de datos.

El derecho al olvido, sin embargo, no se aplica cuando el tratamiento de datos personales es necesario para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información; posición que compartimos. En este punto existe una excepción periodística y prevalece la libertad de información sobre el derecho al olvido, pero sólo cuando concurren los requisitos jurisprudencialmente previstos; entre ellos, que la noticia sea veraz, de interés/relevancia pública, no obsoleta, exacta... Pero si no concurren estos requisitos, será posible el borrado de los enlaces que aparecen en las listas de resultados de los motores de búsqueda (en búsquedas por el nombre). Pero ¿qué ocurre entonces cuando los datos/informaciones sean exactas, actualizadas...?, ¿no se pueden borrar los enlaces?.

Nos encontramos, por tanto, con la misma laguna que hemos observado en la normativa sobre protección de datos cuando regula el derecho al olvido; cuestión lógica, toda vez que la normativa actual es posterior a estas sentencias y recoge la jurisprudencia expuesta.

DÉCIMA.- Para resolver la laguna que creemos que existe en la normativa y jurisprudencia, en materia de protección de datos y, en concreto, ligada al derecho al olvido, es clave la STJUE de 2014, a la que nos hemos referido. En particular, cuando afirma el TJUE que la justificación del “borrado” se encuentra en que las listas de resultados de los buscadores nos ofrecen una “*visión estructurada*” de la persona que permite “*establecer un perfil más o menos detallado*” de ella.

Por tanto, creemos que será posible el borrado de los enlaces de las listas de resultados de los motores de búsqueda (en búsquedas por el nombre), cuando los enlaces ofrezcan una panorámica general —y sesgada— de la persona que atente contra su identidad digital, es decir, contra la conciencia que una persona tiene de sí misma o de lo que quiere mostrar a los demás, o de la visión que los demás tienen de ella. Y ello aunque examinados individualmente los enlaces, éstos reúnan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos y, por tanto, sean exactos, actualizados...; pero que examinados en conjunto esos enlaces (que contengan retazos de noticias), nos ofrezcan esa visión panorámica de la persona que pueda atentar contra su identidad digital en el sentido referido.

Con esta solución que proponemos no tratamos de primar el derecho a la protección de datos sobre la libertad de información, nada más lejos de nuestra intención, sino que pretendemos cubrir una laguna existente que creemos que mejorará la conciliación entre ambos derechos. Esta mejora es posible con la “figura” de la identidad digital a la que, sin mencionarla expresamente, nos conduce la STJUE cuando habla de “visión estructurada” de la persona. No obstante, ni el TJUE, ni tampoco nuestro TC, ni el TS (ni siquiera en la actualidad), ahondan en esta idea.

UNDÉCIMA.- El intento de mejorar la conciliación entre protección de datos/libertad de información nos ha llevado al estudio de la identidad digital, que ha ido surgiendo a lo largo del estudio, en múltiples ocasiones, ligada a facetas y aspectos muy diversos, pero sobre todo a la jurisprudencia sobre el derecho al olvido.

En cuanto a qué comprende, si es o no un derecho y, si lo es, si es o no autónomo de la protección de datos, creemos que la identidad digital comprende elementos internos y externos (como ocurre, salvando las distancias, con la configuración del derecho al honor), y que está conformada por la conciencia/visión que cada persona tiene de sí misma, la que los demás creen tener de ella, y lo que quiere mostrar a los demás.

Consideramos, pues, que la identidad digital es un derecho, a pesar de que no existe ninguna regulación vinculante que lo regule. No tiene, en efecto, reconocimiento expreso ni en la CE, ni en la CDFUE, y ni siquiera en el recientemente aprobado Reglamento IA. Sin embargo, sí se regula en la CDD (texto no vinculante), pero en un sentido distinto al que aquí se propone. Todos estos textos mencionados regulan la identidad (o el derecho a la identidad digital, en el caso de la CDD) con un significado similar al previsto en el RGPD, art. 4 cuando define el término “datos personales”. Es decir, como la suma de características o rasgos (físicos, psicológicos, culturales,...) que identifican a una persona mediante “identificadores”. No obstante, esta identidad ya encuentra protección en la normativa actual de protección de datos y se aleja del significado que consideramos que debe tener, amparados en el estudio previo. Además, esta normativa expuesta también contiene normas sobre el perfilado, pero en un sentido diferente al que se refiere la STJUE cuando habla de “*visión estructurada*”.

Creemos que el derecho a la protección de datos tiene que ampliar su contenido, continuar actualizándose y adaptarse a la realidad vigente de auténtica digitalización social; y lo debe hacer con este derecho a la identidad digital expuesto. Y, así, del examen de la normativa, doctrina y jurisprudencia examinada, podemos concluir que existe un derecho a la identidad digital que nos sirve —al menos, en lo que respecta a nuestro estudio, aunque es un derecho mucho más amplio, que será objeto de una futura línea de investigación—, para mejorar la conciliación entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de información. En nuestra opinión se trata de un derecho autónomo, en el mismo sentido que el derecho al olvido (al que está íntimamente ligado). Y del mismo modo que el derecho al olvido, está integrado en el derecho a la protección de datos, completando el contenido de este último derecho. Podríamos decir que es un derecho autónomo y, al mismo tiempo, un subderecho o faceta que garantiza el derecho a la protección de datos —como lo hacen los demás derechos que lo conforman—. Y a su vez, el derecho al olvido es una garantía del derecho a la identidad digital, pues necesita de él para su efectividad. En todo caso, el derecho a la identidad digital constituye un nuevo límite para la libertad de información.

DUODÉCIMA.- Hemos observado a lo largo del presente estudio, que existen dos problemas principales que deben solucionarse para mejorar la conciliación entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información. Por un lado, la escasez normativa en materia de conciliación entre los derechos en juego y, al mismo tiempo, la dispersión normativa y jurisprudencial al respecto. Y por otro lado,

como consecuencia del examen anterior, se ha evidenciado la existencia de una laguna en dicha conciliación.

Ambos problemas se pueden y deben solucionar, y para ello proponemos dos reformas distintas:

- Una reforma constitucional. Esta propuesta se realiza al margen de los problemas expuestos, toda vez que creemos que también mejorará la conciliación al modificarse la terminología del art. 18.4 CE (que es lo que proponemos), y adaptarse a la que usualmente es utilizada en la actualidad. Se trata de una sencilla aportación que no pretende la introducción de un nuevo derecho fundamental, sino simplemente una mayor claridad del art. 18.4 CE —precepto básico en esta sociedad tecnológica—, sustituyendo el texto actual por otro que recoja la denominación jurisprudencial y legislativa ampliamente utilizada de derecho a la protección de datos.

Se propone, por tanto, el siguiente texto del art. 18.4 CE: “*Se garantiza el derecho a la protección de datos personales*”. No es necesario introducir el derecho a la identidad digital, toda vez que, como el derecho al olvido, forma parte del contenido del derecho a la protección de datos, tal y como hemos expuesto.

- Una propuesta de *lege ferenda*, que siempre es posible para una más rápida adaptación de la legislación vigente a la realidad social. Y, sobre todo, si tenemos en cuenta que el legislador nacional no ha cumplido con la previsión del RGPD que le imponía la regulación de la “excepción periodística” para evitar la aplicación de la normativa general de protección de datos al ejercicio de la libertad de información.

Nuestra propuesta parte de esta premisa y simplemente pretende que el legislador, sin necesidad de modificar la actual LOPDGDD, elabore una norma para la conciliación entre el derecho a la protección

de datos con la libertad de información. Se trataría de recoger en ella toda la normativa y jurisprudencia que aparece dispersa en la LOPDGDD y en el RGPD, que establecen excepciones periodísticas a la aplicación general de las normas, incluyendo también la jurisprudencia que trata dicha conciliación, al menos las sentencias relativas al derecho al olvido y cuya doctrina aparece resumida en la reciente STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre. Y se propone, asimismo, la introducción de la necesaria referencia a la posibilidad del borrado de los enlaces que nos ofrecen las listas de resultados de los motores de búsqueda, en búsquedas efectuadas por el nombre. Ahora bien, sólo de aquellos enlaces que recojan fragmentos/retazos de noticias que, examinados en su conjunto, nos muestren una visión completa de la persona que pueda atentar contra su derecho a la identidad digital en el sentido que venimos exponiendo, aunque la información de los enlaces sea cierta, actualizada...

En ningún caso, con esta última inclusión en la propuesta de *lege ferenda* se pretende borrar información, noticias difundidas digitalmente en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información. Más bien al contrario, partimos de su no borrado. El borrado debe ser sólo de los enlaces que nos ofrezcan los motores de búsqueda generalistas, cuando las búsquedas se realicen por el nombre; pero, eso sí, con independencia de la información que contengan dichas páginas/enlaces: si son o no veraces, si se refieren o no a personas públicas, o si están o no obsoletos..., siempre que la visión conjunta que muestren atente contra la identidad digital.

Con esta propuesta se obtiene un código que recogería toda la normativa y jurisprudencia existente en materia de conciliación entre protección de datos/libertad de información y que ahora mismo se

encuentra dispersa; además de mejorar la conciliación ampliando el contenido actual de la protección de datos con el derecho a la identidad digital. Obteniendo con ello que quienes ejercen la libertad de información tengan mejor garantizado su derecho, toda vez que dispondrán de un Código que les facilitará el ejercicio de la actividad informativa, sin la inseguridad jurídica que conlleva la existencia de normativa dispersa. Al mismo tiempo, con la ampliación de la protección de datos, incluyendo el derecho a la identidad digital, se consigue que los titulares de este derecho tengan protegida una nueva faceta de su privacidad frente a los imparables progresos de la tecnología; garantizándoles una mayor efectividad del derecho a la protección de datos.

Podemos concluir confiando en que se continúe avanzando en la necesaria conciliación entre dos derechos fundamentales —tan necesarios en una sociedad digitalizada imparable— como son la protección de datos y la libertad de información; este último, además, pilar de nuestro sistema democrático. La adaptación del derecho a la realidad vigente es siempre necesaria para el progreso de la sociedad y, sobre todo, para alcanzar el objetivo primordial que es, siempre, una mejor tutela, una garantía más efectiva de los derechos para sus titulares.

REFERENCIAS

I. Bibliografía consultada

- ABELLÁN LÓPEZ, M.A., “Los desafíos demográficos globales”, *Pensar nuestra sociedad digital y global. Una invitación a la sociología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- ADSUARA VARELA, B., “X. El consentimiento”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del centro de estudios constitucionales*, n.º 14, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALDAÑA DÍAZ, M.N., “The Right to Privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político*, n.º 85, UNED, Madrid, Septiembre-Diciembre 2012.
- ÁLVAREZ CARO, M., “XIV. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2023.
- ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., “Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles”, *Revista de Humanidades de*

Valparaíso, año 2, segundo semestre, n.º 4, Instituto de Filosofía de la Facultad de Humanidades de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2014.

ÁLVAREZ GARCÍA, H., *Los precursores de la libertad de expresión en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S., “El reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa”, *Anuario de la Facultad de derecho de Ourense*, Universidad de Vigo, Vigo, 2004.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., “Sentencia Google Spain y derecho al olvido”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Uría Menéndez, Madrid, 2014.

ANDORNO, R., *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 2012.

APARICIO ALDANA, R.K., *Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 2020.

———. *Derecho a la libertad de información en su dimensión referida al derecho a difundir información sindical*, Bosch, Barcelona, 2020.

APARICIO SALOM, J. et al., *Estudio sobre la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

AREA, M., “TIC, identidad digital y educación. Cuatro reflexiones”, *Reencuentro*, n.º 62, Universidad Metropolitana Unidad Xochimilco, México, 2011. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/pdf/340/34021066012.pdf>.

ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- . *El reglamento general de protección de datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- . “Los derechos digitales y la buena Administración digital” en Medina Guerreño, M. (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la Administración digital*, CEPC, Madrid, 2023.
- . “Nuevas tecnologías y retos para la protección de datos personales en Europa: el rastreo de contactos durante la pandemia por covid-19”, *Confluencias*, vol. 25, n.º 3, PPGSD/UFF, Brasil, 2021.
- ARRIETA ZINGUER, M., “Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en internet”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.º 12, Universidad de los Andes, Chile, 2014. Disponible en: https://www.academia.edu/en/58997595/Libertad_de_expresi%C3%B3n_y_derecho_a_la_informaci%C3%B3n_en_las_redes_sociales_en_Internet.
- ASPAS ASPAS, J.M., “El derecho a la autodeterminación informativa en la ley portuguesa de protección de datos de 1991. Sujetos, contenido y garantías”, *Informática y Derecho*, n.º 4, UNED, 1994. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250521>.
- AVILÉS GARCÍA, J., “Algunas consideraciones jurisprudenciales acerca de los derechos a la intimidad y a la propia imagen”, *La Ley*, n.º 3, Wolters Kluwer, Madrid, 1989.
- AZNAR GÓMEZ, H., *Ética y periodismo. Códigos, estatutos y otros documentos de autorregulación*, Paidós, Barcelona, 1999.

- . *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación de los medios*, Ariel, Barcelona, 1999.
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *Acerca del precedente europeo de la cláusula de conciencia*, Universidad autónoma de México, México, 2003.
- . “Derecho a la información y administración de Justicia”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- . *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*, EUNSA, Pamplona, 2001.
- . *Derecho de la información. Textos básicos*, EUNSA, Pamplona, 1999.
- . *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “La subsidiariedad en la UE”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n.º 31, Universidad de Granada, Granada, 2019, p.2, Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7065569>.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid, 2013.
- . *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- . *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022. Disponible en:
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2022-252.
- . *Lecciones de derecho constitucional*, Universidad de Málaga, Málaga, 2014.

- . *XXV aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas*, CEDMA, Málaga, 2004.
- BALLESTER CARDELL, M., *La intimidación como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1998.
- BALLESTEROS MOFFA, L.A., *Las fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Madrid, 2020.
- BAÑEGIL ESPINOSA, M.A., “Los Derechos de la personalidad”, *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 1, tomo 2, Civitas, Madrid, 2015.
- BASTIDA FREJEIDO, F.J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Libertades de expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BAZÁN, V., “El hábeas data como medio de tutela del derecho fundamental a la autodeterminación informativa”, *Revista de derecho público*, Universidad de Chile, Chile, 2015.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BLASCO GASCÓ, F., *Patrimonialidad y Personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.
- BLAT GIMENO, F., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 1986.
- BONETE PERALES, E., *Éticas de la información y deontologías del Periodismo*, Tecnos, Madrid, 1995.

- . *Neuroética práctica. Una ética desde el cerebro*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2011.
- BRAGE CAMEZANO, J., “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 74, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BRYSON, J., “La última década y el futuro del impacto de la IA en la sociedad”, *¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente*, BBVA, Madrid, 2019. Disponible en:
<https://www.bbvaopenmind.com/articulos/la-ultima-decada-y-el-futuro-del-impacto-de-la-ia-en-la-sociedad/>.
- BURZACO SAMPER, M., *Protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2020.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *La idea de persona y dignidad humana*, Dykinson, Madrid, 2018.
- CABALLERO TRENADO, L. “Cartografía legal de la autodeterminación informativa digital. Un derecho de construcción jurisprudencial”, *Universitas*, n.º 35, Universidad Carlos III, Madrid, 2021. Disponible en:
<https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6189>.
- CAMACHO, S., *Calumnia que algo queda: bulos, mentiras y fraudes detrás de las noticias*, La esfera de los libros, Madrid, 2006.
- CANOSO USERA, R.L., “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 22, Congreso de los diputados, Madrid, 1991.
- CAÑÓN RODRÍGUEZ, R., GRANDE DE PRADO, M. y CANTÓN MAYO, I., “Brecha digital: impacto en el desarrollo social y

personal. Factores asociados”, *Tendencias pedagógicas* n.º 28, UAM, Madrid, 2016. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5654166>.

CARDONA RUBERT, M.B., *Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el nuevo reglamento de desarrollo de LOPD*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

———. “Retos y amenazas de la revolución tecnológica en el ámbito de los derechos humanos”, *Revista jurídica de la Universidad de León*, Universidad de León, León, 2013.

———. “Tratamiento de datos personales e inteligencia artificial en el marco de las relaciones laborales”, *Documentación laboral*, n.º 126, Cinca, Madrid, 2022.

CARDONA RUBERT, M.B. y CORDERO GORDILLO, “Redes sociales y derechos colectivos”, *Revista Direito e Desenvolvimento*, Joao Pessoa, Brasil, vol. 6, n.º 11, 2015.

CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991.

CARRILLO, M., “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental”, *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 18, Ediuno, Oviedo, 1994.

———. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los comunicadores*, Civitas, Madrid, 1993.

CASTELLS OLIVÁN, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*, vol. 2, Siglo XXI, México, 2003.

CASTRO BONILLA, A., *Derecho de autor y nuevas tecnologías*, EUNED, Costa Rica, 2006.

- . “La sociedad de la información”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 100, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2003. Disponible en:
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17384>.
- CAVERO MOCHALES, N., “Artículo 2. Ámbito de aplicación de los Títulos I a IX y de los artículos 89 a 94”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019.
- CENTENO GONZÁLEZ, E., “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Administración Pública*, n.º 183, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7617916>.
- CERUZZI, P.E., “Historia de la informática”, *Fronteras del conocimiento*, BBVA, Madrid, 2008. Disponible en:
<https://www.bbvaopenmind.com/articulos/historia-de-la-informatica/>.
- CHANO REGAÑA, L., “Ponderación (Tribunal Constitucional español)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 23, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2022.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R., *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- COLOMA, R., *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, Barcelona, 1991.

- COMELLA DORDA, R., “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista española de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1991.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996.
- CONTRERAS NAVIDAD, S., *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- CORREDOIRA Y ALFONSO, L. y COTINO HUESO, L., *Libertad de expresión e información en internet: amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- COTINO HUESO, L., “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005.
- . “Algunas cuestiones clave de protección de datos en la nube. Hacia una regulación nebulosa”, *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 51, Barcelona, 2015.
- . “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, n.º 24, 2019. Disponible en:
<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata>.
- . *Libertad en internet, la red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- . “Sesgos y discriminación algorítmica ¿de qué hablamos? Y algunos ejemplos”, en GAMERO CASADO, E. (dir.)

- Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- COTINO HUESO, L. (dir.) y BAUZÁ REILLY, M. (coord.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Madrid, 2022.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- DA COSTA CARBALLO, C.M., “Los orígenes de la informática”, *Revista General de Información y Documentación*, vol. 8, n.º 1, Universidad Complutense, Madrid, 1998. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/view/RGID9898120215A>.
- DE DOMINGO PÉREZ, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DE LAS HERAS VIVES, L. y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El deber de veracidad del informador”, IDIBE, abril 2015. Disponible en: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/el-deber-de-veracidad-del-informador/>.
- . “La colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (deber de veracidad y reportaje neutral)”, *Revista*

- Boliviana del Derecho, *Fundación Iuris Tantum*, Bolivia, n.º 14, 2012.
- . *Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz*, La Ley, Madrid, 2007.
- DEL HIERRO, J.L., “Verdad y veracidad informativas: el ejemplo español”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 7, UC3M, Madrid, septiembre 2014-febrero 2015. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2231/1166>.
- DESANTES GUANTER, J.M., *Fundamentos del Derecho de la Información*, CECA, Madrid, 1977.
- DÍAZ COLCHADO, J.C., y CASTRO AREQUIPEÑO, A., Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías de la información y comunicación: una aproximación, *Revista de derecho*, n.º 79, Universidad Católica de Perú, Perú, 2021.
- DÍAZ REVORIO, F.J., *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2012.
- DÍEZ PICAZO, L., “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, vol. 45, Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.
- DOMENECH, F., “¿Quién inventó el primer ordenador?”, *Blog Tecnología visionarios*, OpendMind BBVA, 2020. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/tecnologia/visionarios/quien-invento-el-primer-ordenador/>.

- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L. et al., Tratado de protección de datos personales: pasado, presente y futuro de la tutela jurídica de los derechos de la privacidad, Colex, Madrid, 2023.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 2004.
- . “La libertad de expresión en Internet”, *Nueva Revista*, n.º 64, Editor Laviana, Madrid, 1999.
- ESTEPA MONTERO, M., “La conformación del Derecho al Olvido en la protección de datos personales”, *Anuario jurídico y económico escuarialense*, n.º 56, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, Madrid, 2023.
- ESTUDILLO GARCÍA, J., “Surgimiento de la sociedad de la información”, *Biblioteca universitaria*, Vol. 4, n.º 2, UNA de México, México, 2001. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/pdf/285/28540203.pdf>.
- FACULTAD DE INFORMÁTICA DE BARCELONA (FIB), “Historia de internet”, *Retro informática. El pasado del futuro*, FIB, “s.f.”. Disponible en:
<https://www.fib.upc.edu/retro-informatica/historia/internet.html>.
- FERNÁNDEZ BARBUDO, C., “Privacidad (digital)”, *Eunomía*, n.º 17, Universidad Carlos III, Madrid, 2019.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., Inteligencia Artificial y derechos fundamentales, ¿qué regulación?, Derecho digital e innovación, n.º 11, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, *Revista Jueces para la democracia*, n.º 64, Madrid, 2021.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., y MONTOYA MELGAR, A., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.
- FLORES GIMÉNEZ, F. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Seguridad global y derechos fundamentales”, *Cuadernos de estrategia*, n.º 188, Instituto español de estudios estratégicos, 2017.
Disponible:
http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_188.pdf.
- GALDAMEZ MORALES, A., “Derecho a la verdad y cánones de veracidad”, *Estudios de Deusto*, vol. 69, Facultad de derecho de Deusto, Bilbao, 2021.
- GAMELLA CARBALLO, S., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Sepín, Madrid, 2018.
- GARCÍA AVILÉS, J.A., “El impacto de la inteligencia artificial en el periodismo”, *Blog UMH*, UMH, 2019. Disponible en:
<https://mip.umh.es/blog/2019/11/02/el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-periodismo/>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982.
- GARCÍA MEXÍA, P., “II. La singular naturaleza jurídica del Reglamento general de protección de datos de la UE. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA MACHETTI, P., *La Europa de los derechos. El convenio europeo de derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

- GARCÍA TOMA, V., “La dignidad humana y los derechos fundamentales”, *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 51, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2018. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20855>.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Artículo 4. Exactitud de los datos”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019.
- GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>.
- GIONES-VALLS, A. y SERRAT-BRUSTENGA, M., “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”, *Revista bid*, n.º 24, Facultad de Biblioteconomía i Documentació de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2010. Disponible en: <http://bid.ub.edu/24/giones2.htm>.
- GITRAMA GONZALEZ, M., “El derecho a la propia imagen, hoy”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 6, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.
- GOMEZ, P., “Historia de la programación: ¿qué es y cómo ha evolucionado con los años”, *Blog lenguajes de programación*, devCamp by Bottega, 2023. Disponible en: <https://devcamp.es/historia-de-la-programacion-que-es-y-como-ha-evolucionado-con-los-anos/>.
- GOMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

- GONZÁLEZ BEILFUS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- GONZÁLEZ MARTÍN, M.R. et al., “Educación, pandemia y brechas digitales: lecciones de un momento histórico”, *Revista Participación Educativa*, Consejo Escolar del Estado, Madrid, 2020. Disponible en:
<https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:74ddea51-924a-4d9c-b96b-cac342bd2578/pe-n11-art04-universidad-complutenese.pdf>.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, 2020.
- GONZALO PENELA, C., “El sesgo ideológico de los resultados de Google”, *Blog comunicación social*, GeneratePress, 2016. Disponible en:
<https://www.carlogonzalo.es/el-sesgo-ideologico-de-los-resultados-de-google/>.
- GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Civitas, Madrid, 2007.
- GORRAIZ DE LA MATA, R., “Cómo funciona el algoritmo de Google: conoce las pistas para posicionar mejor”, *Blog de SEO*, agencia SEO, Madrid, 2020. Disponible en:
<https://agenciaseo.eu/como-funciona-el-algoritmo-de-google/>.
- GRIMALT SERVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.
- GUERRERO PICÓ, M.C., *El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución europea*,

- Revista de Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Granada, Granada, 2005. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/12guerrero.htm>.
- . *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ GOÑI, L., *Derecho de rectificación y libertad de información (contenido constitucional, sustantivo y procesal de la LO 2/84 de 26 de marzo)*, Bosch, Barcelona, 2003.
- HERCE DE LA PRADA, V., *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Bosch, Barcelona, 1994.
- HEREDERO HIGUERAS, M., “Traducción de la Ley austriaca de 18 de octubre de 1978 de protección de datos personalizados”. Disponible: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4402/4456>.
- . “La LORTAD y su futuro. La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, *Informática y Derecho*, UNED, Madrid, 1998. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=264122>.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *Esquemas de protección de datos: reglamento general de protección de datos, Ley orgánica 3/2018, de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- HERRÁN ORTÍZ, A., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2003.

- . “El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- HERRERA DE LAS HERAS, R., *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2022.
- HERRERO TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.
- . *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Concordancias*, Colex, Madrid, 1998.
- HOTMART, “Cambio en el algoritmo de Google: ¿qué es y cómo seguirlo?”, *Blog Hotmart*, Hotmart, 2022. Disponible en: <https://hotmart.com/es/blog/algoritmo-de-google>.
- HUYALUPO ALCÁZAR, J., “La incomunicación social en la globalización de las técnicas comunicativas”, *Revista de Ciencias económicas*, vol. 28, n.º 2, Universidad de costa Rica, Costa Rica, 2010.
- JACORZYNSKI, W., “El mundo perspectivista de José Ortega y Gasset”, *Kultura i Wartosci*, Instituto de Estudios Alemanes y Lingüística Aplicada, Alemania, 2020.
- JIMENA QUESADA, L., *Dignidad humana y justicia universal en España*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- JIMENEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ramón Areces, Madrid, 1993.
- LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- LEIVA FERNÁNDEZ, L. F., “El derecho a la imagen de las cosas propias”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 2, Reus, Madrid, 2007.
- LETURIA INFANTE, F.J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista chilena de derecho*, vol. 43, n.º 1, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pp. 91-113. Disponible en:
<https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf>.
- LLOP, P., “Periodismo ciudadano: España”, *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación*, Ariel, Madrid, 2011. Disponible en:
https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21633/periodismo_ciudadano_2011.pdf.
- LOPEZ DE LA PEÑA SALDIAS, J. F., “Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de Información”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 3, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- LÓPEZ GUERRA, L., “La libertad de información y el derecho al honor”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 6, CGPJ, Madrid, 1989.
- . “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *Aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D., “La adhesión a los sistemas de autorregulación en materia de comercio electrónico: valoraciones desde la posición de los prestadores de servicios de la sociedad de la

información”, *Revista de Ciencias económicas*, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2011.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. y MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J., “Los códigos de conducta como solución frente a la falta de seguridad en materia de comercio electrónico”, *Revista de Ciencias económicas*, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2010.

LÓPEZ LÓPEZ, P. y MORILLO CALERO, M.J., “Derecho a la información y democracia en el marco de la globalización neoliberal: bibliotecas, archivos y medios de comunicación de masas”, en LÓPEZ LÓPEZ, P. y GIMENO PERELLÓ, J (coords.), *Información, conocimiento y bibliotecas en el marco de la globalización neoliberal*, Trea, Gijón, 2005. Disponible en: <http://eprints.rclis.org/8590/1/DDII.pdf>.

LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987.

———. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

LÓPEZ SERNA, M. L. y KALA, J.C., “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad”, *Ciencia Jurídica*, vol. 7, n.º 14, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2018. Disponible en: <https://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/284/331>.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- . “El Derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, *Azpilcueta Cuadernos de derecho*, Sociedad de estudios vascos, Donostia, 2008. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/11501784.pdf>.
- . “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, *Cuadernos de derecho público*, INAP, Madrid, 2003.
- . “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 104, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/17224repne104037.pdf>.
- . “La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista digital: Datos personales.org.*, n.º 1, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003.
- . “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de internet, derecho y política*, UOC, Barcelona, 2007.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS J. L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- LUCAS MARÍN, A., *La nueva sociedad de la información. Una perspectiva desde Silicon Valley*, Trotta, Madrid, 2000.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P., *Internet y comunicaciones digitales*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MAITTA ROSADO, I. et al., “Factores biológicos, psicológicos y sociales que afectan en la salud mental”, *Revista Caribeña de*

Ciencias Sociales, Future Publishers Group Ltda, Brasil, 2018.

Disponible en:

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/03/factores-salud-mental.html>.

MANGAS MARTÍN, A., *Tratado de la Unión Europea, tratado de funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

MARISCAL RIVERA, M.P., “Aplicación del test proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho civil”, *Revista de Derecho de la UNAP*, vol. 4, n.º 2, UNAP, Perú, 2019. Disponible en:

<https://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/50/50>.

MARTÍN GUARDADO, S., “Desinformación, odio y polarización en el entorno digital: segregación de la esfera pública y efectos sobre la democracia”, *Estudios en derecho a la información*, n.º 15, UNAM, México, 2023.

MARTÍNEZ, M., “Internet: así nació y así creció”, *Blog Red*, Orange, 2019. Disponible en:

<https://blog.orange.es/red/historia-de-internet/>.

MARTÍNEZ, R., *Protección de datos de carácter personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.F., “Unificación de la protección de datos personales en la Unión Europea: desafíos e implicaciones”, *El*

profesional de la información, vol. 27, n.º 1, EPI, Barcelona, 2018.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R, “Artículo 14. Derecho de rectificación”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019.

———. “Artículo 15. Derecho de supresión”, en ARENAS RAMIRO, M. (dir.) y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2003.

MONLEÓN-GETINO, A., “El impacto del Big-data en la Sociedad de la Información. Significado y utilidad”, *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, n.º 2, Universidad Complutense, Madrid, 2015.
Disponible en:

<https://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/51392/47672>

MONTÓN GARCÍA, M., “Derecho al honor, Intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de

- información y expresión”, *La Ley*, n.º 3701, Wolters Kluwer, Madrid, 1995.
- MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites de los Derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MUÑOZ CALVO, L. et al., “Nuevas tecnologías y redes sociales: la salud mental tras la pantalla”, *Revista Encuentro*, n.º 2, Confederación Salud Mental España, Madrid, 2022.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red*, Taurus, Madrid, 2000.
- MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J., “XXXII. Tratamiento de datos y libertad de expresión e información”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- MUÑOZ VAN DEN EYNDE, A., *¿Quién decide qué noticias consultamos, Google o nosotros?*, *El economista*, junio 2023. Disponible en:
<https://www.eleconomista.com.mx/arteseideas/Quien-decide-que-noticias-consultamos-Google-o-nosotros-20230603-0010.html>.
- NAHABETIÁN BRUNET, L., “Tensión entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de información. Un análisis desde la responsabilidad civil”, *Revista de derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Universidad Católica de Uruguay, Uruguay, 2015.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- NISSENBAUM, H., “Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public”, *Law and Philosophy*, Princeton University, Princeton, 1998. Disponible en:
<https://nissenbaum.tech.cornell.edu/papers/privacy.pdf>.
- NOGUEIRA ALCALA, H., “El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental Implícito. Fundamentación y Caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 2, Universidad de Talca, Mexico, 2007. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/pdf/197/19713211.pdf>.
- NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 2001.
- NUNO GOMES DE ANDRADE, N., “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Monográfico del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet, IDP Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, n.º 13, UOC, Barcelona febrero de 2012. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3865431>.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen”, *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 15, Ediuño, Oviedo, 1992.
- OLIVERO CEPEDA, M.E., “Derecho al olvido. Libertad de expresión e información”, *Revista latinoamericana de derechos humanos*, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Costa Rica, 2022.
- OLLERO, A., “Los nuevos derechos”, *Persona y Derecho*, n.º 66, Universidad de Navarra, Pamplona, 2012.

- ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Privacidad y protección judicial de los datos personales*, Bosch, Barcelona, 2011.
- ORÓ BADÍA, R., *La protección de datos*, UOC, Barcelona, 2015.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El derecho a la protección de datos personales y su necesaria materialización ius internacional privatista para la salvaguarda de la dignidad del ser humano”, *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor*, Colex, Madrid, 2023.
- . *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos. Una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Fundación Mapfre, Madrid, 2019.
- . “Las nuevas tecnologías y la protección de datos de carácter personal desde el derecho internacional privado: Redes sociales de internet y cloud computing”, *Actualidad Civil*, n.º 12, Wolters Kluwer, Madrid, 2023.
- ORTIZ LÓPEZ, P., “Redes sociales. Funcionamiento y tratamiento de la información personal”, *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013.
- ORTS RODRÍGUEZ, A., “Derecho a la protección de datos personales ¿alejado de los constituyentes?”, en TUR AUSINA, R. (dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022.
- . “La -de-limitación del derecho de defensa en una justicia digitalizada”, en SANJUAN ANDRÉS, F.J. (dir.) y TUR AUSINA, R. (coord.), *El constitucionalismo ante la*

- digitalización de la realidad social, Cuadernos digitales. Derecho y nuevas tecnologías*, n.º 9, Aranzadi, Madrid, 2024.
- ORTS RODRÍGUEZ, A., TUR AUSINA, R. y RECHE TELLO, N., “Digitalización de la sociedad. ¿(Des)protección de los derechos fundamentales?”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, n.º 3, CEJUP, Madrid, 2023.
- PALOMARES GARCÍA, J.R., “Cuestiones constitucionales de la responsabilidad de los medios de comunicación por publicidad engañosa”, *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 7, n.º 2, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012.
- PARDO CÉSPEDES, L., *La privacidad en la era digital ¿el fin de la libertad?*, LinkedIn, marzo 2020. Disponible en:
<https://es.linkedin.com/pulse/la-privacidad-en-era-digital-el-fin-de-libertad-luis-pardo-cespedes#:~:text=LA%20SEGURIDAD%20EN,www.luispardocespedes.com>.
- PARDO FALCON, J., “Los Derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Derecho Fundamental a la intimidad. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, 1994.
- PASCUAL ESTAPÉ, J.A., “30 años de la informática doméstica en España”, *Computer hoy*, noviembre 2014. Disponible en:
<https://computerhoy.com/noticias/hardware/30-anos-informatica-domestica-espana-21257>.

- PASCUAL MEDRANO, A., *El Derecho Fundamental a la Propia Imagen. fundamento, contenido, titularidad y límites*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- PAUNER CHULVI, C., “La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, *Teoría y realidad constitucional*, UNED, 2015.
- PAZOS PÉREZ, A., *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- PECES-BARBA, G., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Universidad Eudema, Madrid, 1988.
- PEPPET, S., “Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent”, *Texas Law Review*, Texas, 2014. Disponible en:
<https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Peppet-93-1.pdf>.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., y LASARTE ÁLVAREZ, C., *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018.
- . “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Anuario de jornadas 1989-1990*, IVAP, País Vasco, 1991.
- . *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.
- . “Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución española”, *Revista de estudios políticos*, n.º 24, Madrid, 1988.

- . “Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- . “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo”, *Anuario de Derechos Humanos* n.º 4, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987.
- . “Libertad informática y derecho a la autodeterminación informativa”, *I Congreso sobre Derecho Informático*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989.
- . *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, FUNDESCO, Madrid, 1987.
- PÉREZ MARTÍNEZ, M.R., “Protección de datos personales y derecho a la autodeterminación informativa: Régimen jurídico”, *Revista de derecho*, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicaragua, 2020.
- PEREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- PERTUZ CRESPO, A. y ROPAIN ESCOBAR, A.M., “Desafíos contemporáneos a la relación problemática entre redes sociales y el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión”, *Revista Vis Iuris*, vol. 8, Universidad Sergio Arboleda, 2022.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro”, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- . “Introducción. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Reglamento general de*

- protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- . “Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio”, *Documentos de trabajo*, n.º 147, Fundación Alternativas, Madrid, 2009.
- . “Sociedad, innovación y privacidad”, *El cambio digital en la economía, un proceso disruptivo*, n.º 897, ICE, Madrid, 2017.
- PIZARRO MORENO, E., *El derecho a la intimidad de Warren y Brandeis*, Dykinson, Madrid, 2022.
- PLIESHAKOV, A., “¿Cuándo se inventó el primer ordenador?”, *Blog Info-Computer*, INFOCUMPUTER, 2023. Disponible en: <https://www.info-computer.com/blog/cuando-se-invento-el-primer-ordenador/>.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- . *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid, 2014.
- PUYOL MONTERO, J., *Delegado de protección de datos (DPO): dominio III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- . *Guía sobre documentación en materia de protección de datos personales (2018-2021)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- QUESADA RODRÍGUEZ, A., *Protección de datos y telecomunicaciones convergentes*, AEPD, Madrid, 2015.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, F., “La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, vol. 76, Universidad de Chile, Chile, 2014.
- RALLO LOMBARTE, A., *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de*

- Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2004.
- . *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005.
- . *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2008.
- REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M. M., *Introducción a la protección de datos*. Dykinson, Madrid, 2006.
- REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites penales*, PPU, Barcelona, 1992.
- RECHE TELLO, N., “La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad”, *Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 2019, n.º 3. Disponible en:
<https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i03.02>.
- REMOLINA ANGARITA, N., *Recolección internacional de datos personales: un reto del mundo post-internet*, AEPD, Madrid, 2015.
- REYES VALENZUELA, S. M., *Protección de datos de carácter personal. Flujo de datos de carácter personal en un mundo globalizado*, Editorial académica española, Londres, 2013.
- RIBAGORDA GARNACHO, A., “Protección de datos personales. Lecciones aprendidas en el contexto español”, *XII Jornada Nacional de Seguridad Informática*, 2013. Disponible en:
<https://acis.org.co/portal/sites/all/themes/argo/assets/img/Pagina/PresentacionArturoRibagorda-Protecciondedatospersonales.pdf>.

- RIDAO MARTÍN, J., “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. 36, n.º 107, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
- RIPOLLÉS SERRANO, M.R. y RIPOLLÉS SERRANO, E., “Derecho al honor e intimidad y derecho a la información”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 16, primer cuatrimestre, Cortes Generales, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ-GÓMEZ, R., “Internet de las cosas: Futuro y desafío para la epidemiología y la salud pública”, *Universidad y salud*, vol. 1, n.º 3, Universidad de Nariño, Colombia, 2019. Disponible en: <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/usalud/article/view/3628/5396>.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, E.F., “El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: revisión jurisprudencial”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 20, UCM, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ ROCA, A., *La protección de datos personales en los juzgados y tribunales: un enfoque desde la perspectiva procesal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.
- ROIG, A., “E-privacidad y redes sociales”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, n.º 9, UOC, Barcelona, 2009. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/788/78813254010.pdf>.

- ROVIRA SUERIO, M.E, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RUIZ TARRÍAS, S., “La búsqueda de un modelo regulatorio de la IA en la Unión Europea”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 57, Universidad de Granada, Granada, 2023.
- SAAVEDRA, M., *La libertad de expresión en el Estado de Derecho, entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987.
- SACRISTÁN SÁNCHEZ, E., “Los sesgos de la inteligencia artificial pueden pasar a las personas”, *Ethic*, octubre 2023. Disponible en: <https://ethic.es/2023/10/los-sesgos-de-la-inteligencia-artificial-pueden-pasar-a-las-personas/>.
- SALA LEDESMA, E., “Derecho al olvido. Reseñas de jurisprudencia, Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 308-313. Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12729/13165>.
- SALDAÑA DÍAZ, M.N., “The Right to Privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político*, n.º 85, UNED, Madrid, Septiembre-Diciembre 2012. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723/10242>.
- SALVADOR CODERCH, P., *Qué es difamar. Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “Algunas cuestiones relativas al derecho de información y al deber de secreto profesional en un supuesto de responsabilidad médica”, *Derecho y Salud*, AJS, Madrid, 2002.
- SANCHO VILLA, D., *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, AEPD, Madrid, 2010.
- SANTOS GARCÍA, D., *Nociones generales de La Ley Orgánica de Protección de Datos*, Tecnos, Madrid, 2005.
- SANZ CALVO, L. “La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia”, *Lex Nova*, Valladolid, 2007.
- SAORÍN SÁNCHEZ, F.L. y GUTIÉRREZ PORLÁN, I., “La identidad digital del alumnado universitario: estudio descriptivo en la Facultad de educación de la Universidad de Murcia”, *Revista Interuniversitaria de Investigación en Tecnología Educativa (RIITE)*, n.º 4, Universidad de Murcia, Murcia, 2018. Disponible en:
<https://revistas.um.es/riite/article/view/300001/231791>.
- SARAZA JIMENA, R., *Libertad de Expresión e información frente a honor intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SARIGOL, E., GARCÍA, D. y SCHWEITZER, F., *Online Privacy as a Collective Phenomenon*. Disponible en:
<https://arxiv.org/pdf/1409.6197.pdf>.
- SCHWARTZ, P. M., “Internet, Privacy and the State”, *Connecticut Law Review*, Universidad de Connecticut, Storrs, 2000. Disponible en:
<https://paulschwartz.net/wp-content/uploads/2019/01/SCHWARTZ-CK1A-1.pdf>.
- . “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *Vanderbilt Law Review*, Universidad Vanderbilt, Nashville, 1999. Disponible en:

<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=vlr>.

SEIJAS VILLADANGOS, E., “El pulso del populismo global a la constitución. Pinceladas de un escenario distópico”, en TUR AUSINA, R. (dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022.

———. “Recensión del libro de ALEGRE MARTÍNEZ, MA., La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español, Universidad de León, León, 1996”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 42, Cortes Generales, Madrid. Disponible en:

<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1045/314>.

———. “Retos constitucionales en materia de género”, *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, Universidad de León, León, 2015.

SERRANO MAÍLLO, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 28, UNED, Madrid, 2011.

SERRANO PÉREZ, M.M., “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 1, Madrid, 2005. Disponible en:

https://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/01_NOT_01_serrano.pdf.

———. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003.

- SCHAFER, A., “Privacy: A Philosophical Overview”, *Aspects of Privacy Law*, D. Gibson, Butterworth, University of Manitoba, Manitoba, 1980. Disponible:
https://umanitoba.ca/faculties/arts/departments/philosophy/ethics/media/privacy_-_a_philosophical_overview.pdf.
- SIMÓN CASTELLANO, P. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.
- . *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SOLOVE, D. J., *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Harvard, 2008.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 71, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, enero-marzo 1991.
- TAMAYO CARMONA, J.A., “El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen”, *Revista Boliviana de Derecho, Fundación Iuris Tantum*, n.º 15, Bolivia, 2013.
- TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 2005.
- TORNOS MAS, J. et al., *Democracia y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TORREBLANCA, F., “Qué es el carwling y su importancia en SEO”, *Marketing y comunicación*, ESIC, 2021. Disponible en:
<https://www.esic.edu/rethink/marketing-y-comunicacion/crawling-seo>.

- TORRES DEL CASTILLO, R.M., “Sociedad de la información / sociedad del conocimiento”, ub.edu, septiembre 2005. Disponible en:
<http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsciberprome/socinfsocon.pdf>.
- TORTAJADA CHARDI, P., “Implementación normativa del artículo 18.4 de la CE: el derecho al olvido”, *Revista Práctica de derecho*, n.º 258, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2022.
- TOSCANO, M., “Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad”, *Revista de filosofía moral y política*, n.º 57, Instituto de Filosofía del CESIC, Madrid, 2017. Disponible en:
<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/994/990>.
- TRILNICK, C, “Máquina diferencial – Máquina analítica”, *Blog IDIS*, IDIS, “s.f”. Disponible en:
<https://proyectoidis.org/maquina-diferencial-maquina-analitica/>.
- . “Ada Lovelace”, *Blog IDIS*, IDIS, “s.f”. Disponible en:
<https://proyectoidis.org/ada-lovelace/>.
- TUR AUSINA, R., *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- . “Lealtad constitucional y democracia”, *Revista de derecho político*, n.º 101, UNED, Madrid, 2018. Disponible en:
<https://www.proquest.com/docview/2281095874/fulltextPDF/AB451064E3D34FECPQ/1?accountid=28939>.

- . “Luces y sombras de los derechos sociales en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 13, Comares, Madrid, 2009.
- TÜRK, A., “La ley francesa de protección de datos de carácter personal”, *Curso de verano: Hacia un nuevo Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de datos*, UIMP, Santander, 2005.
- UMA Divulga, “Tarjetas perforadas”, *Blog UMA Divulga*, Divulgación científica de la Universidad de Málaga, “s.f”. Disponible en: <https://www.umadivulga.uma.es/museo-virtual/informatica/tarjetas-perforadas/>.
- URÍAS MARTÍNEZ, J., “Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. 41, n.º 121, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
- URUEÑA, A. et al., *Las redes sociales en internet*, ONTSI, Madrid, 2011.
- VERDA Y BEHAMONTE, J.R., *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- VIDAL GIL, E.J., “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, BOE, Madrid, 2000.
- VIGUERA FIGUEROA, H., “La veracidad en la libertad de información consideraciones para un nuevo alcance”, *Estudios en derecho a la información*, n.º 12, UNAM, México, 2021.

- VILASAU SOLANA, M., “La directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 3, UOC, Barcelona, 2006.
- VILLANUEVA TURNES, A., *El derecho al honor, intimidad y propia imagen y su choque con el derecho a la libertad de expresión e información en el ordenamiento jurídico español*, Dikaion, Madrid, 2016.
- VINUESA ANGUITA, P., “Quién fue el inventor del ordenador?”, *Blog Orange Innovación*, Orange, 2022. Disponible en:
<https://blog.orange.es/innovacion/inventor-del-ordenador/>.
- WARREN, S. y BRANDEIS, L., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review Association*, vol. IV, n.º 5, diciembre 1890.
Disponible en:
https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html.
- WESTIN, A., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967.
Disponible en:
<https://www.jstor.org/stable/40708684>.
- WOOD, A. F. y SMITH, M.J., "Forming online identities", *Online communication: linking technology, identity, and culture*, LEA, New Jersey, 2005.
- YANES, J., “50 años de Internet: medio siglo de luces y sombras”, *Blog Tecnología visionarios*, OpendMind BBVA, 2019.
Disponible en:
<https://www.bbvaopenmind.com/tecnologia/visionarios/50-anos-de-internet-medio-siglo-de-luces-y-sombras/>.

ZAPATA GARCÍA, M.P., “La privacidad y los nuevos derechos digitales”, *El tiempo de los derechos*, n.º 15, HURI-AGE, Madrid, 2019.

II. Jurisprudencia relevante

1. Europea

1.1. TEDH

STEDH, asunto O. contra Francia, de 13 de febrero de 2003.

STEDH, asunto V. contra Austria, de 25 de enero de 2007.

STEDH, asunto K.U. contra Finlandia, de 2 de diciembre de 2008.

STEDH, asunto K.H. et. al. contra Eslovaquia, de 28 de abril de 2009.

STEDH, asunto B.B. contra Francia, de 17 de diciembre de 2009.

STEDH, asunto C. contra Moldavia, de 27 de abril de 2010.

STEDH, asunto M. contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2011.

STEDH, asunto A. contra Alemania, de 7 de febrero de 2012.

STEDH, asunto H. contra Alemania, de 7 de febrero de 2012.

STEDH, asunto M.K. contra Francia, de 18 de abril de 2013.

STEDH, asunto E. contra Letonia, de 13 de enero de 2015.

STEDH, asunto B. contra Alemania, de 19 de febrero de 2015.

STEDH, asunto M. contra Hungría, de 8 de noviembre de 2016.

STEDH, asunto P. contra Países Bajos, de 28 de julio de 2020.

STEDH, asunto M. et al. contra Rusia, de 1 de diciembre de 2020.

STEDH, asunto K. contra Hungría, de 28 de octubre de 2021.

STEDH, asunto A. et al. contra Noruega, de 23 de junio de 2022.

STEDH, asunto T. et al. contra Rusia, de 28 de julio de 2022.

STEDH, asunto V. contra Rumanía, de 5 de julio de 2022.

STEDH, asunto T. et al. contra Rusia, de 28 de julio de 2022.

1.2. TJUE

STJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01.

STJUE, Gran Sala, de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03.

STJUE, Gran Sala, de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06.

STJUE, Gran Sala, de 16 de diciembre de 2008, asunto C-40/17.

STJUE, Gran Sala, de 9 marzo de 2010, asunto C-518/07.

STJUE, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08.

STJUE, Gran Sala, de 9 de noviembre de 2010, asunto C-92/09.

STJUE, de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10.

STJUE, de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10
C-469/10.

STJUE, de 19 de abril de 2012, asunto C-461/10.

STJUE, Gran Sala, de 16 de octubre de 2012, asunto C-362/14.

STJUE, de 17 de octubre de 2013, asunto C-291/12.

STJUE, Gran Sala, de 8 de abril de 2014, asunto C-288/12.

STJUE, Gran Sala, de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-
594/12.

STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y
Google. Disponible en:

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=1520
65&doclang=ES](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES).

STJUE, de 11 de diciembre 2014, asunto C-212/13.

STJUE, de 16 de julio de 2015, asunto C-615/13.

STJUE, Gran Sala, de 1 octubre de 2015, asunto C-230/14.

STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14.

STJUE, de 19 de octubre de 2016, asunto C-582/14.

STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, asunto C-203/15.

STJUE, 9 de marzo de 2017, asunto 398/15. Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=188750&doclang=ES>.

STJUE, de 4 de mayo de 2017, asunto C-13/16.

STJUE, de 27 de septiembre de 2017, asunto C-73/16.

STJUE, de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16.

STJUE, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, asunto C-210/16.

STJUE, Gran Sala, de 10 de julio de 2018, asunto C-25/17.

STJUE, Gran Sala, de 2 de octubre de 2018, asunto C-207/16.

STJUE, de 14 de febrero de 2019, asunto C-345/17. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0345>.

STJUE, de 29 de julio de 2019, asunto C-40/17.

STJUE, de 24 de septiembre de 2019, asunto C-136/17.

STJUE, Gran Sala, de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/17.

STJUE, Gran Sala, de 1 de octubre de 2019, asunto C-673/17.

STJUE, de 9 de julio de 2020, asunto C-272/19.

STJUE, Gran Sala, de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18.

STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2020, asunto C-511/18.

STJUE, de 11 de noviembre de 2020, asunto C-61/19.

STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2021, asunto C-746/18.

STJUE, de 9 de marzo de 2017, asunto C-398/15.

STJUE, Gran Sala, de 12 de mayo de 2021, C-505/19.

STJUE, Gran Sala, de 15 de junio de 2021, asunto C-645/19.

STJUE, de 17 de junio de 2021, asunto C-597/19.

STJUE, Gran Sala, de 22 de junio de 2021, asunto C-439/19.

STJUE, Gran Sala, de 8 de diciembre de 2022, asunto C-460/20.

Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CA0460>.

STJUE, de 12 de enero de 2023, asunto C-154/21. Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A3044236BDFF6B2C5A843D15F32FC3AE?text=&docid=269146&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=54277>.

STJUE, 22 de junio de 2023, asunto C-579/21.

2. Española

2.1. TC

STC, sala 2ª, 6/1981, de 16 de marzo.

STC, pleno, 11/1981, de 8 de abril.

STC, sala 1ª, 2/1982, de 29 de enero.

STC, sala 2ª, 105/1983, de 23 de noviembre.

STC, sala 1ª, 110/1984, de 26 de noviembre.

STC, pleno, 53/1985, de 11 de abril.

STC, sala 2ª, 170/1987, de 30 de octubre.

STC, sala 1ª, 6/1988, de 21 de enero.

STC, sala 1ª, 107/88, de 8 de junio.

STC, sala 2ª, 231/1988, de 2 de diciembre.

STC, sala 2ª, 197/1991, de 17 de octubre.

STC, sala 1ª, 214/1991, de 11 de noviembre.

- STC, sala 1ª, 219/1992, de 3 de diciembre.
- STC, sala 2ª, 223/1992, de 14 de diciembre.
- STC, sala 2ª, 240/1992, de 21 de diciembre.
- STC, sala 1ª, 142/1993, de 22 de abril.
- STC, sala 1ª, 254/1993, de 20 de julio.
- STC, sala 1ª, 99/1994, de 11 de abril.
- STC, sala 2ª, 117/1994, de 25 de abril.
- STC, sala 1ª, 143/1994, de 9 de mayo.
- STC, sala 1ª, 272/1994, de 17 de octubre.
- STC, sala 2ª, 76/1995, de 22 de mayo.
- STC, sala 2ª, 132/1995, de 11 de septiembre.
- STC, sala 2ª, 200/1998, de 14 de octubre.
- STC, sala 1ª, 134/1999, de 15 de julio.
- STC, sala 1ª, 202/1999, de 8 de noviembre.
- STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero.
- STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre.
- STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>.
- STC, sala 2ª, 81/2001, de 26 de marzo.
- STC, sala 1ª, 139/2001, de 18 de junio.
- STC, sala 2ª, 156/2001, de 2 de julio.
- STC, sala 2ª, 47/2002, de 25 de febrero.
- STC, sala 2ª, 52/2002, de 25 de febrero.
- STC sala 1ª, 83/2002, de 22 de abril.
- STC, sala 2ª, 14/2003, de 28 de enero.
- STC, sala 2ª, 127/2003, de 30 de junio.
- STC, sala 1ª, 54/2004, de 15 de abril.
- STC, sala 1ª, 1/2005, de 17 de enero.

STC, sala 2ª, 307/2005, de 12 de diciembre.

STC, sala 2ª, 216/2006, de 3 de julio.

STC, sala 1ª, 62/2007, de 27 de marzo.

STC, sala 1ª, 12/2007, de 16 de abril.

STC, sala 1ª, 139/2007, de 4 de junio.

STC, sala 1ª, 158/2009, de 25 de junio.

STC, Sala 1ª, 99/2011, de 20 de junio.

STC, sala 1ª, 12/2012, de 30 de enero.

STC, sala 1ª, 17/2012, de 13 de febrero.

STC, sala 2ª, 208/2013, de 16 de diciembre.

STC, sala 1ª, 7/2014, de 27 de enero.

STC, sala 1ª, 19/2014, de 10 de febrero.

STC, sala 2ª, 18/2015, de 16 de febrero.

STC, pleno, 39/2016, de 3 de marzo.

STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio.

STC, sala 1ª, 25/2019, de 25 de febrero.

STC, sala 1ª, 56/2019, de 6 de mayo.

STC, pleno, 76/2019, de 22 de mayo.

STC, sala 2ª, 6/2020, de 27 de enero.

STC, sala 2ª, 27/2020, de 24 de febrero. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4112.

STC, sala 2ª, 5/2021, de 25 de enero.

STC, sala 1ª, 93/2021, de 10 de mayo.

STC, sala 2ª, 160/2021, de 4 de octubre.

STC, pleno, 2/2022, de 27 de enero.

STC, pleno, 8/2022, de 27 de enero.

STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio.

STC, sala 2ª, 23/2022, de 21 de febrero.

STC, sala 1ª, 30/2022, de 7 de marzo.

STC, sala 2ª, 42/2022, de 21 de marzo.

STC, pleno, 67/2022, de 2 de junio.

STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio.

STC, pleno, 105/2022, de 13 de septiembre.

STC, pleno, 119/2022, de 29 de septiembre.

2.2. TS

STS, sala 1ª, 230 /1987, de 11 de abril.

STS, pleno, 545/2015, de 15 de octubre.

STS, sala 1ª, 534/2016, de 14 de septiembre.

STS, sala 1ª, 491/2019, de 24 de septiembre.

STS, sala 1ª, 209/2020, de 29 de mayo.

STS, sala 1ª, 125/2020, de 26 de febrero.

STS, sala 1ª, 157/2021, de 16 de marzo.

STS, sala 1ª, 207/2021, de 16 de abril.

STS, sala 1ª, 220/2021, de 20 de abril.

STS, sala 1ª, 226/2021, de 27 de abril.

STS, sala 1ª, 331/2021, de 17 de mayo.

STS, sala 1ª, 4581/2021, de 21 de diciembre.

STS, sala 1ª, 93/2022, de 13 de enero.

STS, sala 1ª, 346/2022, de 1 de febrero.

STS, sala 1ª, 1465/2022, de 20 de abril.

STS, sala 2ª, 547/2022, de 2 de junio.

STS, sala 1ª, 724/2023, de 7 de febrero.

STS, sala de lo contencioso, 1757/2023, de 21 de diciembre.

STS, sala de lo contencioso, 1401/2024, de 4 de marzo.

III. Normativa, memorias y otros documentos de interés

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Memoria 1994*, AEPD, Madrid, 1994.

———. *Memoria 2000*, AEPD, Madrid, 2000.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

Carta de Derechos Digitales (documento no vinculante publicado en 2021). Disponible en:

https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza*, UE, Bruselas, 2020. Disponible en:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD DEL GOBIERNO DE CANARIAS, “Gestión de la identidad digital”, Módulo Ciudadanía e identidad digital”, Gobierno de Canarias, “s.f.”. Disponible en:

https://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/contenidosdigitales/FormacionTIC/cdtic2014/04cd/143_gestin_de_la_identidad_digital.html.

Constitución Española de 1978. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Disponible en:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Disponible en:

https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

Data Protection Act 2018, del Reino Unido. Disponible en:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/124/enacted>.

Data protection and journalism code of practice 2023. Disponible en:

<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/4025760/data-protection-and-journalism-code-202307.pdf>.

Data protection and journalism code of practice 2023. Memorandum.

Disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/explanatory-memorandum-to-the-data-protection-and-journalism-code-of-practice-2023/explanatory-memorandum-to-the-data-protection-and-journalism-code-of-practice-2023>.

Data protection and journalism code of practice 2023. Reference notes.

Disponible en:

<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/4025761/data-protection-and-journalism-code-reference-notes-202307.pdf>.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Disponible en:

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Disponible en:

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Decreto 2280/1970, de 12 de septiembre.

<https://www.boe.es/boe/dias/1970/10/10/pdfs/A16662-16663.pdf>.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>.

Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Disponible en:

<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf>.

Draft data protection and journalism 2022, del Reino Unido. Disponible en:

<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/4021635/ico-draft-data-protection-and-journalism-code-of-practice-second-consultation-21092022.pdf>.

Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por RD 389/2021, de 1 de junio. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9175>.

Freedom of Information Act, 1966. Disponible en:

<https://www.foia.gov/foia-es.pdf>.

GABINETE JURÍDICO DE LA AEPD, *Informe N/REF: 002540/2019*, AEPD, Madrid, 2019. Disponible en:

<https://www.aepd.es/es/documento/2019-0008.pdf>.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, UE, 2007.

———. *Dictamen 6/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*, UE, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*, INTECO, Madrid, 2009.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-4950>.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (derogada).

Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-24189>.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (vigente en los artículos referidos en la Disposición adicional decimocuarta y Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre). Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>.

Ley orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8806>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733>.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020.

Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979#:~:text=Ayuda-,Real%20Decreto%201720%2F2007%2C%20de%2021%20de%20diciembre%2C%20por,de%20datos%20de%20car%C3%A1cter%20personal.>

Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-15790#:~:text=Ayuda-,Real%20Decreto%2Dley%2014%2F2019%2C%20de%2031%20de%20octubre,de%20sector%20p%C3%ABblico%20y%20telecomunicaciones.>

Reglamento de Inteligencia Artificial, aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024. Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva

95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *España Digital 2025 – Transición digital*, Ministerio para la transformación digital y de la función pública, Madrid, “s.f.”. Disponible en: https://avancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/Documents/EspanaDigital_2025_TransicionDigital.pdf

SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *Estrategia española de I+D+I en inteligencia artificial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019. Disponible en: [Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI%20\(2\).pdf](#).

TC, *nota informativa*, n.º 60/2018, de 26 de junio, TC, 2018. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_060/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2060-2018.pdf.

TJUE, *comunicado de prensa*, n.º 70/14, de 13 de mayo, TJUE, 2014. Disponible en:

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070es.pdf>.

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Disponible en:

<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

Tratado de la Unión Europea. Disponible en:

<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>.

IV. Recursos web

1. Foros internacionales

Autoridades europeas de protección de datos. Disponible en:

https://ec.europa.eu/justice/article-29/structure/data-protection-authorities/index_en.htm.

Comisión europea. Disponible en:

https://ec.europa.eu/info/index_es.

Consejo de Europa.

<https://www.coe.int/es/web/compass/council-of-europe>.

Consejo de la Unión Europea. Disponible en:

<https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/>.

ICO. Disponible en:

<https://ico.org.uk/>.

Parlamento Europeo. Disponible en:

<https://www.europarl.europa.eu/portal/es>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en:

<https://www.echr.coe.int/>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Disponible en:

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/.

2. Foros nacionales

Agencia Española de Protección de datos (AEPD). Disponible en:

<https://www.aepd.es/es>.

Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Disponible en:

<https://www.cis.es/>.

CIS. Acceso a los barómetros. Disponible en:

<https://www.cis.es/catalogo-estudios/resultados-definidos/buscador-estudios>.

Congreso de los diputados. Disponible en:

<https://www.congreso.es>.

Constituciones españolas (1812-1931). Disponible en:

———. Constitución de 1812. Disponible en:

<https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf>.

———. Constitución de 1837. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/constituciones/1837/ce37_cd.pdf.

———. Constitución de 1845. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/constituciones/1845/1845_cd.pdf.

———. Constitución de 1869. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf.

———. Constitución de 1876. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/constituciones/1876/1876_cd.pdf.

———. Constitución de 1931. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf.

Constitución española de 1978. Disponible en:

———. Anteproyecto de constitución y votos particulares. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF.

———.Enmiendas. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>.

———.Informe de la Ponencia y nuevo texto del Anteproyecto.

Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF.

———.Sesiones de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Disponible en:

https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_com.htm.

———.Sesiones del debate del dictamen en el Pleno del Congreso.

Disponible en:

https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_pleno.htm.

———.Enmiendas del Senado. Disponible en:

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf>.

———.Sesiones de debate de las enmiendas del Senado. Disponible en:

https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_sen_com.htm.

———.Modificaciones propuestas por el Senado al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_161.PDF.

———.Dictamen de la Comisión mixta Congreso-Senado. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_170.PDF.

———.Aprobación del Dictamen de la Comisión mixta. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_177.PDF.

———.Versión consolidada. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> .

Foro de la CMSI 2023. Disponible en:

<https://www.itu.int/net4/wsis/forum/2023/es>.

Ministerio de Ciencia e Innovación. Disponible en:

<https://www.ciencia.gob.es/>

Ministerio de Justicia. Disponible en:

<https://www.mjusticia.gob.es/es>.

Poder Judicial. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es>.

RAE. Disponible en:

<https://www.rae.es/>

Senado. Disponible en:

<https://www.senado.es/web/index.html>.

Supervisor Europeo de Protección de Datos. Disponible en:

https://edps.europa.eu/_en.

Tribunal Constitucional. Disponible en:

<https://www.tribunalconstitucional.es>.

Tribunal Supremo. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>.

INDICIOS DE CALIDAD. NORMATIVA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO UMH

1. Artículo de revista en coautoría con la directora de la tesis y la codirectora: ORTS RODRÍGUEZ, A., TUR AUSINA, R. y RECHE TELLO, N., “Digitalización de la sociedad. ¿(Des)protección de los derechos fundamentales?”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, n.º 3, CEJUP, Madrid, 2023, pp. 243-266. ISSN 2792-226X.

Se transcribe a continuación:

DIGITALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ¿(DES)PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Ana Orts Rodríguez

Profesora Derecho Constitucional UMH de Elche

Rosario Tur Ausina

Catedrática Derecho Constitucional UMH de Elche

Nuria Reche Tello

Profesora Ayudante Doctora UMH de Elche

SUMARIO: I. A modo de premisa. II. Sociedad de la información y Tics. III. Internet. 1. Rasgos generales e internet de las cosas. 2. Motores de búsqueda: veracidad en internet. 2.1. Rasgos generales. 2.2. Derecho

al olvido. IV. Big Data. 1. Conceptualización. 2. El tratamiento de datos con la IA. V. Necesidad de perfilar la revolución digital. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia.

I. A MODO DE PREMISA

Asistimos en pleno siglo XX a una etapa de revolución tecnológica, con la evolución de los ordenadores y la creación e inicio de la expansión de internet. Dicha etapa influyó necesariamente en la creación jurisprudencial de un derecho muy ligado a estos cambios: nuestro derecho a la protección de datos⁸⁴¹, y con ello en el surgimiento de las primeras normas que protegían su tratamiento. Es en este contexto de finales del siglo XX y los inicios del siglo XXI⁸⁴² donde podemos considerar que se sitúa el *dies a quo* jurídico de una nueva fase de digitalización de la sociedad⁸⁴³, de auténtica revolución tecnológica, donde *lo digital* lo impregna todo. Un periodo en el que tienen lugar grandes avances tecnológicos —principalmente la expansión de internet y su uso más generalizado por la ciudadanía—, que producen tanto cambios en la sociedad, como nuevas formas de comunicar e informar y que, en resumidas cuentas, suponen un marcado redimensionamiento de los derechos de la persona. Surgen de este modo nuevos caminos para informarnos, muy alejados de los habituales hasta entonces, y que dan

⁸⁴¹ En las SSTC, del pleno, la 290/2000 y la 292/2000, de 30 de noviembre. Disponibles en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es>. (10/07/23).

⁸⁴² *Vid.* CASTRO BONILLA, A., “La sociedad de la información”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 100, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2003, p. 3, cuando afirma que “Resulta paradójico hablar de *nuevas tecnologías* a principios del siglo XXI, pues se trata de tecnologías generadas en la segunda mitad del siglo pasado”. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17384>. (Consulta: 10/07/23).

⁸⁴³ También es un *dies a quo* del inicio del fenómeno de la globalización como dijimos que fijan, entre otros, SEIJAS VILLADANGOS, E., *obra cit.*, p. 91.

lugar, en particular, a las grandes tensiones entre la libertad de información y la protección de datos.

II. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y TICS

Es en esta época cuando surge “con fuerza”⁸⁴⁴ el término sociedad de la información. Aunque la expresión “comenzó a utilizarse durante la década de los años sesenta”⁸⁴⁵, “reaparece con fuerza en los años 90, en el contexto del desarrollo de Internet y de las TICS”⁸⁴⁶. Por tanto, es un término que adquiere su máxima expresión en esta etapa de verdadera revolución tecnológica (uso generalizado de internet, big data, IA...) y asociado al “empleo de las nuevas tecnologías de información y comunicación”⁸⁴⁷ por los periodistas. La digitalización de la sociedad conlleva un cambio en “el ámbito de acción del derecho... El reto, por tanto, es ajustar la doctrina jurídica a esa nueva sociedad de la información”⁸⁴⁸.

Aunque el concepto de sociedad de la información es ampliamente aceptado, uniendo las nuevas tecnologías con la información⁸⁴⁹, no

⁸⁴⁴ TORRES DEL CASTILLO, R.M., “Sociedad de la información / sociedad del conocimiento”, ub.edu, septiembre 2005. Disponible en: <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsiberprome/socinfocon.pdf>. (Consulta: 17/07/23).

⁸⁴⁵ ESTUDILLO GARCÍA, J., “Surgimiento de la sociedad de la información”, *Biblioteca universitaria*, Vol. 4, n.º 2, UNA de México, México, 2001, p. 1. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/285/28540203.pdf>. (17/07/23).

⁸⁴⁶ TORRES DEL CASTILLO, R.M., *obra cit.*

⁸⁴⁷ ESTUDILLO GARCÍA, J., *obra cit.*, p. 1.

⁸⁴⁸ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 145.

⁸⁴⁹ En este mismo sentido, *vid.* la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Que partiendo de “*la implantación de Internet y las nuevas tecnologías*”, hace referencia a toda la información que se obtiene a través de internet y por ello considera establecer “*un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza*”

obstante, hay destacados autores que no lo aceptan, entre otros, el sociólogo Castells Oliván que afirma que “en realidad, la sociedad de la información no existe más que en la imaginación de los utópicos tecnológicos”⁸⁵⁰, y que el concepto de “sociedad del conocimiento... parecería estar emergiendo en detrimento de la sociedad de la información”⁸⁵¹. Para este autor, la sociedad del conocimiento es “una sociedad en la que las condiciones de generación de conocimiento y procesamiento de información han sido sustancialmente alteradas por una revolución tecnológica centrada en (...) las tecnologías de la información”⁸⁵². En todo caso, sociedad de la información y sociedad del conocimiento son términos que se suelen utilizar indistintamente y que, en la actualidad, asocian la información y el conocimiento con las nuevas tecnologías para informar y comunicar. No obstante, podríamos añadir algún matiz, pues no siempre que hay información hay conocimiento. De hecho, podemos encontrarnos ciertos riesgos derivados de la digitalización de la sociedad cuando la información se convierte en desinformación y, entonces, es difícil que podamos sostener que hay propiamente una sociedad del conocimiento.

necesaria para el empleo de este nuevo medio”⁸⁴⁹. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>. (Consulta: 28/07/23).

Y *vid.* LOPD 15/1999, Preámbulo, que también se refería a la sociedad de la información cuando afirma que “*La presente Ley tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior*”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>. (Consulta: 28/07/23).

⁸⁵⁰ Disponible en:

<https://sites.google.com/site/trianahuilen/manuel-castells>. (Consulta: 4/04/23).

⁸⁵¹ *Idem.*

⁸⁵² CASTELLS OLIVÁN, M., “La dimensión cultural de Internet”, *Institut de cultura: debates culturals*, UOC, 2002. Disponible en: <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>. (Consulta: 28/11/23).

En esta sociedad -de la información o del conocimiento- es indudable que, como afirma Castro Bonilla, “los intereses jurídicos y sociales siguen siendo los mismos: proteger los derechos del individuo y los derechos sociales (...) Sin embargo, el ámbito de aplicación de los derechos que hemos conocido ha variado (...), exigen la conformación de un nuevo planteamiento legal (...) a partir del crecimiento y consolidación de la denominada Sociedad de la Información”⁸⁵³.

Estamos de acuerdo con esta afirmación, toda vez que es necesario un nuevo marco legal que resuelva los problemas que surgen en una sociedad que usa las nuevas tecnologías como medio para informarse y comunicarse, y ante la proliferación, como no podría ser de otro modo, de medios de comunicación digitales y la necesidad, por tanto, de obtención rápida de datos para la elaboración de noticias. En este mismo sentido, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, afirma en su exposición de motivos que “*la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio*”⁸⁵⁴.

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS) que se desarrollan en esta etapa, son usadas masivamente por la sociedad y, como no podría ser de otro modo, por los medios de comunicación, por los periodistas, aumentando la tensión entre el derecho a la información y el derecho a la protección de datos. Y el

⁸⁵³ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 145. La negrita es nuestra. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17384>. (Consulta: 17/07/23).

⁸⁵⁴<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758&tn=1&p=20020712>. (Consulta: 17/07/23).

problema se acrecienta cuando la ciudadanía se convierte también masivamente en periodista a través de las redes sociales.

Hemos de destacar que “en el plano de los derechos (...), las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han introducido amenazas comunes que obligan a la ampliación de la protección de los derechos del ser humano. La interacción entre la comunicación y la telemática en esta nueva era ha posibilitado un mundo de información en tiempo real, de transmisión masiva y asimilación simultánea de esa información”⁸⁵⁵. Y esto es clave, pues nos encontramos con nuevas tecnologías que digitalizan datos, los almacenan y los tratan. Y al mismo tiempo, sin tener claro el uso de la veracidad en este contexto, esos datos son usados por los periodistas para la elaboración de noticias que son ávidamente consumidas por la ciudadanía, mientras esta contribuye al tiempo a su difusión al replicar las informaciones periodísticas.

“Esta dinámica ha generado cambios en el plano jurídico, social y político que exigen respuestas universales y no aisladas. Efectivamente, la convergencia de tecnologías ha introducido medios de comunicación inéditos cuya implementación pone en jaque la aplicación de la legislación que antes era utilizada para el mundo analógico”⁸⁵⁶.

Nos encontramos, por tanto, con que las TIC nos conducen, sin ningún género de duda, a la necesidad de encontrar una respuesta jurídica a los problemas que generan. A una mayor concreción, o a una concreción distinta a la del mundo analógico; concreción, que no

⁸⁵⁵ *Vid.* CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 146. (Consulta: 17/07/23).

⁸⁵⁶ *Ídem.*

limitación⁸⁵⁷, del bien jurídico protegido del derecho a la protección de datos cuando confluye/colisiona con la libertad de información ejercida por periodistas que utilizan, como principal herramienta en su trabajo, estas nuevas tecnologías, toda vez que un rasgo fundamental de esta sociedad de la información, es “incorporar el mecanismo de digitalización de la información”⁸⁵⁸.

Entre las TIC que mayor influencia tienen, en este campo, donde confluyen estos dos derechos fundamentales examinados, hemos de destacar en primer lugar internet por “ofrecer información a gran escala, permitir su intercambio ...”⁸⁵⁹. No obstante, conforme avanza el siglo XXI, se van desarrollando nuevas tecnologías como los teléfonos inteligentes, en la primera década de este siglo, “que contribuyen de manera sustancial a los macrodatos y, por tanto, al aprendizaje de las máquinas”⁸⁶⁰. Y es en este punto en el que hemos de destacar otras dos TICS que influyen decisivamente en nuestros derechos en juego, como son el big data y la IA.

El big data porque “la sociedad genera constantemente datos y la mayoría son almacenados digitalmente; son información (...). Es lo que se ha denominado los grandes datos o Big-data”⁸⁶¹: “los datos generados

⁸⁵⁷ En el sentido expuesto, y que compartimos, por CASTRO BONILLA, A, *obra cit.*, p. 147, cuando afirma que “la nueva sociedad de la información podría estar en la actualidad exigiéndole al Estado una adecuación jurídica de sus actuaciones no para impedir o controlar **sino para garantizar** el acceso al conocimiento por medio de las facilidades que brindan las nuevas tecnologías”, “No puede imponérsele al usuario una limitación al acceso a la sociedad de la información...”. La negrita es nuestra.

⁸⁵⁸ CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 156.

⁸⁵⁹ *Vid.* CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 151. (Consulta: 17/07/23).

⁸⁶⁰ BRYSON, J., “La última década y el futuro del impacto de la IA en la sociedad”, *¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente*, BBVA, Madrid, 2019. Disponible en:

<https://www.bbvaopenmind.com>. (Consulta: 17/07/23).

⁸⁶¹ MONLEÓN-GETINO, A., “El impacto del Big-data en la Sociedad de la Información. Significado y utilidad”, *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, n.º 2, Universidad Complutense, Madrid, 2015, p. 443. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/51392/47672>. (Consulta: 17/07/23).

(...) son ya el segmento más grande de toda la información disponible por la humanidad. Estos datos son almacenados en sistemas informáticos que pueden manejar estos grandes volúmenes de información, capaces de analizar y generar conocimiento”⁸⁶²; produciéndose “un problema muy importante en el tratamiento y almacenamiento de los Big-data: la privacidad y el control de la información”⁸⁶³. Por tanto, un problema entre protección de datos y la actividad periodística.

Es evidente que la utilización/tratamiento de esta cantidad ingente de datos existente, por la digitalización de la información y el volcado que los particulares realizamos a la red, supone un cambio drástico en el ejercicio de la actividad periodística y con ello en su relación con la protección de datos. En este sentido, García Avilés afirma que “se debe incrementar la protección de la privacidad (...) y detectar los riesgos de manipulación del algoritmo”⁸⁶⁴. Y continúa señalando que “conviene profundizar en el uso ético de la IA y la divulgación de los datos, es decir, cómo se recopila, almacena, analiza y comparte la información sobre los usuarios”⁸⁶⁵. En esta realidad expuesta, hemos de examinar tres de las TICS que más influencia tienen en esta relación entre libertad de información y el derecho fundamental a la protección de datos: internet, big data e IA; y ello para examinar sus problemas y/o colisiones.

III. INTERNET

Vid. p. 443 cuando continúa afirmando que “Cada día se registran 2,5 QB de datos, tanto que el 90% de los datos en todo el mundo se ha generado tan solo en los últimos dos años”.

⁸⁶² MONLEÓN-GETINO, A., *obra cit.*, p. 443.

⁸⁶³ *Ídem.*

⁸⁶⁴ GARCÍA AVILÉS, J.A., “El impacto de la inteligencia artificial en el periodismo”, *Blog UMH*, UMH, 2019. Disponible en: <https://mip.umh.es/blog/2019/11/02/el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-periodismo/>. (Consulta: 17/07/23).

⁸⁶⁵ GARCÍA AVILÉS, J.A., *obra cit.*

1. Rasgos generales e internet de las cosas

Como hemos puesto de manifiesto, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI comienza la verdadera revolución tecnológica con la expansión del acceso a internet por una gran parte de la ciudadanía⁸⁶⁶, aunque sin olvidar el grave problema de la brecha digital⁸⁶⁷. Se produce, por un lado, una revolución social⁸⁶⁸ que hace necesaria su regulación legal; y, por otro lado, la brecha digital⁸⁶⁹ es cada vez mayor.

⁸⁶⁶ Vid. SALA LEDESMA, E., “Derecho al olvido. Reseñas de jurisprudencia, Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 308-313, Cuando afirma que “No obstante, la verdadera revolución tiene lugar bien entrado el siglo XXI, toda vez que en los comienzos de internet, así como de la Directiva 95/46/CE, “internet era un fenómeno novedoso y el legislador comunitario no previó su evolución hacia lo que es hoy en día, un almacén de información global a la que se accede, o se busca, en todo el mundo (Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen en el *asunto* C-131/12, punto 27)”. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129069/Sentencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_la.pdf;jsessionid=A02B36372ADB20A7B5A65F70FCBC9768?sequence=1. (Consulta: 25/07/23).

⁸⁶⁷ Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, M.R et al., “Educación, pandemia y brechas digitales: lecciones de un momento histórico”, *Revista Participación Educativa*, Consejo Escolar del Estado, Madrid, 2020, p. 4. Cuando afirma que “La noción de brecha digital no tiene (...) un significado unívoco ni es teóricamente neutra” y que “la noción de brecha digital (...) afecta al ejercicio completo de una ciudadanía activa y viene determinada, en primer lugar, por las condiciones técnicas y económicas. No acceder cotidiana y eficazmente a internet no es un problema esencialmente educativo, sino económico, tecnológico y social”. Disponible en: <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:74ddea51-924a-4d9c-b96b-cac342bd2578/pe-n11-art04-universidad-complutense.pdf>. (Consulta: 19/07/23).

⁸⁶⁸ Vid. CASTRO BONILLA, A., *obra cit.*, p. 6, cuando afirma “**Se trata de un nuevo orden social derivado de la revolución tecnológica** de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, así como de la expansión de Internet producida en el último decenio del siglo XX. Durante ese periodo se evidencia la aceleración del proceso de globalización con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones. Por ello no se puede hablar de la Sociedad de la Información sin el fenómeno de Internet, donde la información es precisamente el bien más cotizado”. La negrita es nuestra.

⁸⁶⁹ Vid. CAÑÓN RODRÍGUEZ, R., GRANDE DE PRADO, M. y CANTÓN MAYO, I., “Brecha digital: impacto en el desarrollo social y personal. Factores asociados”, *Tendencias pedagógicas*, n.º 28, UAM, Madrid, 2016, p. 6.

Lo cierto es que la globalización, la expansión de internet, junto a otras tecnologías que fueron desarrollándose entrado el siglo XXI, conduce a una sociedad (y al ejercicio de la actividad periodística) que no puede entenderse sin vincularla al acceso/aportación de cantidades ingentes de datos. Por tanto, sin asociarla a la palabra internet o informática, que es la forma de comunicación y de acceso/vuelco de información más importante de nuestros días. En este contexto, no se puede entender la actividad periodística sin unirla a internet; todo un mundo lleno de datos que los periodistas pueden *usar* (y usan) para ejercer su derecho a la libertad de información.

El número de datos a utilizar, como base de cualquier información, es cada vez más abundante; en parte por la interconexión digital de dispositivos, el llamado internet de las cosas (IoT), que permite volcar a la red multitud de datos. Rodríguez-Gómez afirma que “el término ‘Internet de las cosas’ se acuñó a finales de la década de los noventa del siglo XX. Y se atribuye al británico Kevin Ashton, quien durante su trabajo en Procter & Gamble, planteó que los objetos de la vida cotidiana deberían ser capaces de introducir información a la web sin ayuda de las personas. Una década atrás, el científico Mark Weiser había dado los

“Al hablar de Brecha Digital, no podemos obviar otro concepto íntimamente relacionado: la Competencia Digital (...). Por su parte, la competencia digital es la capacidad para usar las TIC eficazmente, en los ámbitos laboral, educativo, ocio y de la participación ciudadana (Ferrari, 2013; INTEF, 2014). Como contra partida, podemos entender que la brecha digital consiste en las carencias para usar las TIC eficazmente. Este concepto se suele denominar “la segunda brecha digital” y se caracteriza por esa falta de competencia, frente a la “primera brecha digital”, relacionada con el acceso físico a las TIC (Castaño, 2008)”. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/439197>. (Consulta: 12/06/23).

Vid. el texto de la Cumbre mundial sobre la sociedad de la información, celebrada en Ginebra en 2003, donde en el orden del día se encontraba como primer punto, p. 5, “Proporcionar acceso a las TIC para todos. ¿Cómo se puede llegar a unas TIC universales y asequibles para todos los habitantes del planeta? ¿Cómo pueden utilizar eficazmente las TIC quienes tienen acceso a ellas?”.

primeros pasos en la integración de la informática con el entorno de los individuos en lo que se conoció como ‘computación ubicua’.

Dicha innovación tecnológica hace referencia a sistemas informáticos que están presentes en todo: la ropa, las casas, los vehículos, los lugares de trabajo, los accesorios de uso cotidiano e incluso en las partes del cuerpo humano. Este concepto denominado como internet de las cosas, abrió una nueva senda e inspiró a otros como, por ejemplo, al físico Neil Gershenfeld, quien en 2001 planteó un escenario donde las cosas reconocieran las necesidades de las personas”⁸⁷⁰.

Y estamos en el comienzo del IoT, toda vez que “en la actualidad se calcula que todo individuo está rodeado por cerca de 1.000 a 5.000 objetos, donde menos del 1% de estos se encuentran conectados a Internet”⁸⁷¹; lo que implica que “(...) en un futuro cercano más cosas que seres humanos estarán conectados a Internet”⁸⁷². Estamos, pues, de acuerdo en que “el nuevo escenario que se vislumbra con *Internet de las cosas* recalca que el mundo avanza a mayor velocidad de lo que se cree”⁸⁷³.

Pero junto a los datos que nos ofrece internet (y el IoT), se unen los que aporta la propia ciudadanía a internet a través, principalmente, de las redes sociales. Como muchos otros conceptos relativos a la informática o de carácter jurídico, no existe unanimidad sobre el concepto de redes sociales. La gran mayoría de autores coinciden en que una red social es:

⁸⁷⁰ Vid. RODRÍGUEZ-GÓMEZ, R., “Internet de las cosas: Futuro y desafío para la epidemiología y la salud pública”, *Universidad y salud*, vol. 1, n.º 3, Universidad de Nariño, Colombia, 2019, p. 2. Disponible en: <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/usalud/article/view/3628/5396>.(Consulta 25/04/23).

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁷² *Ídem*.

⁸⁷³ *Ibidem*, p. 7. Vid. cuando afirma que “Hoy en día, las dinámicas son mucho más intensas y complejas, de hecho, en la historia de la humanidad, nunca antes el presente y el futuro habían estado tan cerca uno del otro, casi que sobrepuestos en la línea del tiempo”.

“un sitio en la red cuya finalidad es permitir a los usuarios relacionarse, comunicarse, compartir contenido y crear comunidades”⁸⁷⁴.

El antiguo INTECO (actual INDIBE), definió las redes sociales, en el año 2009, como “los servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”⁸⁷⁵.

Pero un ámbito clave de las redes sociales, en su relación con la libertad de información, es el considerarlas como “una herramienta de “democratización de la información que transforma a las personas en receptores y en productores de contenidos”⁸⁷⁶. Incluso los convierte en periodistas, o en el paso previo a ellos, toda vez que quienes ejercen profesionalmente el periodismo comienzan a utilizar esos datos para elaborar sus noticias, fuera de los medios tradicionales de la anterior etapa. Y así acuden tanto a los datos que ofrece internet a través de los motores de búsqueda, como a los que los ciudadanos aportan a la red, a través de las distintas redes sociales.

Las redes sociales plantean diversos problemas, pero el primero de ellos es que la ciudadanía debe ser consciente (y no lo es) de la responsabilidad en la que pueden incurrir con la aportación de determinados datos. Entre otras, pueden incurrir en responsabilidad penal y civil si desconocen y no aplican la legislación en materia de

⁸⁷⁴ URUEÑA, A. et al., *Las redes sociales en internet*, ONTSI, Madrid, 2011, p. 12. Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/redes_sociales-documento_0.pdf.(Consulta: 28/04/23).

⁸⁷⁵ INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*, INTECO, Madrid, 2009.

⁸⁷⁶ URUEÑA, A. et al., *obra cit.*, p. 12.

protección de datos. En este sentido, la AEPD, informa que “*la difusión de datos sensibles de una persona física (...) tales como imágenes, audios o vídeos que permitan identificarla), publicados en (...) internet sin consentimiento se considera una infracción de la normativa de protección de datos personales*”⁸⁷⁷. Del mismo modo, se puede incurrir en responsabilidad penal cuando difunden o ceden “*a terceros de imágenes o vídeos sin consentimiento, que menoscaben la intimidad de una persona física*”⁸⁷⁸. Pero en la utilización por periodistas de esos datos aportados por terceros a la red, hay que tener presente que “una información inicialmente amateur se convierte en una pieza profesional”⁸⁷⁹. Entonces se plantean otros problemas como ver cuál es la diligencia que despliega el periodista para cumplir con el requisito de la veracidad al usar dichos datos; y si esa *veracidad* coincide con la *identidad* del titular del artículo periodístico.

Por tanto, las nuevas tecnologías como internet y, dentro de ella, las redes sociales, es cierto que ofrecen numerosas ventajas. No obstante, también generan los problemas expuestos en torno a la veracidad/identidad. Esta aportación masiva de datos por la ciudadanía (de información personal en las redes, de generación de un perfil público), puede generar, usada por terceros (periodistas...), una identidad ajena a nosotros mismos y que lesione nuestro derecho fundamental a la protección de datos.

En todo caso, es evidente que existe un riesgo de privacidad. En este sentido, la AEPD en diversos informes afirma que “*Internet y las redes*

⁸⁷⁷<https://www.aepd.es/es>. (Consulta: 28/07/23).

⁸⁷⁸ *Ídem*.

⁸⁷⁹ LLOP, P., “Periodismo ciudadano: España”, *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación*, Ariel, Madrid, 2011, p. 109. Disponible en:

https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21633/periodismo_ciudadano_2011.pdf. (Consulta 18/07/23).

*sociales han experimentado un avance sin precedentes en los últimos años. La facilidad de uso y de difusión expone a los ciudadanos (...) a múltiples riesgos que afectan a su privacidad y derechos (...)*⁸⁸⁰.

2. Motores de búsqueda: veracidad en internet

2.1. Rasgos generales

En la utilización de internet juega un papel principal, sobre todo en el ámbito de la obtención de información, los motores de búsqueda⁸⁸¹. Los mismos almacenan cantidades ingentes de información, la relacionan mediante patrones que desconocemos (algoritmos) y facilitan el acceso rápido e intuitivo a la misma; en un principio, chocando frontalmente con datos que afectan a nuestra *privacidad* o que aportan una información sobre cada uno de nosotros que, en ocasiones, podría estar alejada de nuestra *identidad*.

Por tanto, los motores de búsqueda plantean, a nuestro entender, grandes problemas respecto a la protección de datos y la libertad de información. Uno de ellos es el relativo al desconocimiento de los criterios y patrones que se utilizan en los algoritmos para la elección de la información que ofrecen. Información que también usan, lógicamente, los periodistas y que nos lleva a preguntarnos cómo elaboran la noticia; cómo utilizan los datos de los motores de búsqueda; o cómo consiguen que el algoritmo del motor de búsqueda los sitúe en la parte alta del buscador para ser

⁸⁸⁰ <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0008.pdf>. (Consulta: 3/05/23). La negrita es nuestra.

⁸⁸¹ Existen multitud de motores de búsqueda; y uno de los más utilizados en el mundo y, por supuesto también en España, es Google. Motor de búsqueda respecto del que se dictó una sentencia pionera en materia de protección de datos. STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google.

leídos por un mayor número de internautas. Y al respecto surgen otros problemas importantes, como el de la *veracidad* de la información.

Por tanto, nos encontramos con que los motores de búsqueda son una herramienta fundamental en la actividad periodística actual, porque permite a los periodistas una rápida elaboración de noticias. El problema que se plantea es que la información es extraída de motores de búsqueda que cuentan con complicados algoritmos para su elaboración. Lógicamente, a simple vista parece que podrían afectar a la veracidad en el sentido que nos exige el TC.

En efecto, los motores de búsqueda utilizan algoritmos que son procedimientos “que definen un conjunto de instrucciones que deben llevarse a cabo en un orden específico con el fin de obtener el resultado deseado”⁸⁸². Así, respecto al algoritmo del buscador más utilizado en España, Google⁸⁸³, podemos señalar que “es uno de los más complejos que existen”⁸⁸⁴ y que utiliza diferentes pasos, muy rápidamente, para “proporcionar a cada búsqueda, la respuesta más adecuada”⁸⁸⁵; respuesta adecuada conforme a criterios empresariales.

Dos pasos que debemos destacar en los motores de búsqueda son el *crawleo*⁸⁸⁶ y, posteriormente, la indexación; es decir, “una clasificación

⁸⁸² <https://hotmart.com/es/blog/algoritmo-de-google>. (Consulta: 24/07/23).

⁸⁸³ Vid. GONZALO PENELA, C., “Comunicación social”, *Blog tendencias electorales*, 2016. Cuando afirma que “En España Google ejerce casi de buscador único ya que cuenta con un 95,72% de la cuota de mercado”. Disponible en: <https://www.carlosgonzalo.es/el-sesgo-ideologico-de-los-resultados-de-google/>. (Consulta: 21/07/23).

⁸⁸⁴ GORRAIZ DE LA MATA, “Cómo funciona el algoritmo de Google: conoce las pistas para posicionar mejor”, *Blog de SEO*, agencia SEO, Madrid, 2020. Disponible en: <https://agenciaseo.eu/como-funciona-el-algoritmo-de-google/>. (Consulta: 24/07/23).

⁸⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁸⁶ Vid. GORRAIZ DE LA MATA, “Cómo funciona el algoritmo de Google: conoce las pistas para posicionar mejor”, *Blog de SEO*, agencia SEO, Madrid, 2020, cuando afirma que “Básicamente, con el *crawleo*, Google logra dos cosas: 1. Encontrar todas las páginas web que pueden dar respuesta a la intención de búsqueda concreta. 2. Medir la calidad y la usabilidad de cada sitio web. Una vez hecho esto, es posible avanzar hacia el siguiente paso” que es la indexación. Disponible en:

de resultados”⁸⁸⁷ “en base al análisis y puntuación asignados a cada web”⁸⁸⁸. Por tanto, el problema sigue siendo qué patrones o sesgos utiliza Google (u otros buscadores) en sus algoritmos para realizar la indexación.

La realidad es que utilizan muchos algoritmos y en cada uno de ellos patrones distintos⁸⁸⁹. No obstante, el tema del sesgo o discriminación algorítmica es más problemático cuando hablamos de la IA y el periodismo, toda vez que, según Cotino Hueso, “cualquier uso de sistemas de IA habitualmente genera errores y sesgos, y que en algunos casos éstos pueden tener impactos relevantes”⁸⁹⁰, mientras que en los motores de búsqueda los algoritmos se centran en cuestiones más bien económicas para posicionar páginas web.

2.2. Derecho al olvido

Centrándonos en los motores de búsqueda y en la indexación de la información que realizan, es relevante la STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014, asunto Google Spain y Google Inc. contra AEPD et al., que regula el llamado *derecho al olvido*, así como la STC 58/2018, de 4 de junio⁸⁹¹. Su importancia radica en que, desde el inicio de la etapa digital y hasta esta sentencia, los motores de búsqueda eran un punto clave de recogida de datos por los periodistas para elaborar sus noticias.

<https://agenciaseo.eu/como-funciona-el-algoritmo-de-google/>. (Consulta: 24/07/23).

⁸⁸⁷ GORRAIZ DE LA MATA, *obra cit.*

⁸⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁸⁹ Al respecto *vid.* GORRAIZ DE LA MATA, *obra cit.*

⁸⁹⁰ COTINO HUESO, L., “Sesgos y discriminación algorítmica ¿de qué hablamos? Y algunos ejemplos”, en GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

⁸⁹¹ “que regula el derecho al olvido respecto de datos veraces que figuran en una hemeroteca digital; prohibición de indexación de nombres y apellidos como medida limitativa de la libertad de información idónea”. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534. (Consulta: 28/11/23).

Sin embargo, desde las sentencias *ut supra* referidas, existe una mayor dificultad, toda vez que se va eliminando información de los buscadores e, incluso, de los motores de búsqueda internos de los periódicos. Los periodistas deben volver a encontrar su información realizando un mayor trabajo de investigación. Pueden hacerlo -con todas las ventajas de la digitalización- pero con mayores dificultades, hallando la noticia, en vez de por nombre/apellidos -al suprimirse esta indexación-, utilizando otros parámetros en sus búsquedas (como el tema, la época, etc.).

Autores como Sala Ledesma afirman que el derecho al olvido es “el derecho de los ciudadanos a que cierta información relativa a su persona y recogida en Internet sea borrada o suprimida cuando afecte a sus derechos fundamentales o cuando haya quedado obsoleta”⁸⁹². En este mismo sentido, Leturia Infante afirma que el derecho al olvido “permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios”⁸⁹³; y sigue afirmando que esto se debe a que “el beneficio de la libertad de expresión es inferior a los daños provocados en otros bienes jurídicos”⁸⁹⁴. No compartimos esta afirmación tan genérica, pues tendríamos que examinar cada caso concreto con el objetivo de realizar una adecuada ponderación y determinar el derecho que debe primar. No obstante, tanto la libertad de expresión como la libertad de información son claves en un sistema democrático y no pueden ceder, de manera sistemática, ante el derecho al olvido. Cabría, pues, preguntarnos qué

⁸⁹² SALA LEDESMA, E., “Reseñas de jurisprudencia (Enero-Junio 2014) Unión Europea”, *Ars Iuris Slamnticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, diciembre 2014, p. 1.

⁸⁹³ LETURIA INFANTE, F.J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista chilena de derecho*, vol. 43, n.º 1, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pp. 91-113. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf>. (24/07/23).

⁸⁹⁴ *Ídem*.

información indexada es la que podemos y debemos *olvidar*, en cada supuesto concreto.

En cualquier caso, hay todo un debate doctrinal sobre este derecho, pues se plantean múltiples cuestiones. Entre otras, si es un derecho independiente de otros como el de rectificación o cancelación; e incluso si es independiente del derecho a la protección de datos. Así, Álvarez Rigaudias afirma que tanto el TJUE, como la AEPD, lo reconocen como “expresión concreta en Internet del derecho de cancelación y del derecho de oposición reconocidos por la Directiva 95/46/ CE”⁸⁹⁵. En concreto, la Directiva establecía que los Estados miembros tendrían que reconocer el derecho de oposición del interesado en el art. 14⁸⁹⁶. En la actualidad, entendemos que este debate está superado toda vez que el RGPD reconoce expresamente el derecho al olvido en el art. 17 y lo distingue del derecho de rectificación regulado en el art. 16.

La AEPD⁸⁹⁷ afirma, en concreto, que el derecho al olvido es *“el derecho del afectado a obtener sin dilación indebida, del responsable del tratamiento, la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes”*⁸⁹⁸, entre las que se encuentran los datos que *“hayan sido tratados*

⁸⁹⁵ ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., “Sentencia Google Spain y derecho al olvido”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Uría Menéndez, Madrid, 2014, p. 6.

⁸⁹⁶ Resultando interesante que el citado art., in fine, establece que *“Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que los interesados conozcan la existencia del derecho a que se refiere el párrafo primero de la letra b)”*. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>. (Consulta: 24/07/23).

⁸⁹⁷ *“Está encargada de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de datos y controlar su aplicación”*. Disponible en:

<https://www.aepd.es/es/la-agencia/transparencia/informacion-de-caracter-institucional-organizativa-y-de-planificacion/funcion-y-poderes>. (Consulta: 28/07/23).

⁸⁹⁸<https://www.aepd.es>. (Consulta: 28/07/23).

ilícitamente”⁸⁹⁹, o aquellos que deban suprimirse en los supuestos legalmente previstos. No obstante, no ha lugar a la supresión “*para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información*”⁹⁰⁰.

Al mismo tiempo, sigue en vigor el debate doctrinal sobre si el derecho al olvido es un derecho independiente de la protección de datos, forma parte del mismo o “debe entenderse como un ejercicio de ponderación”⁹⁰¹ en sede de “conflictos de derechos”⁹⁰². Compartimos, en efecto, esta última opinión, toda vez que el derecho al olvido (con independencia de ser denominado, en la legislación, como derecho) es una garantía del derecho a la protección de datos cuando entra en conflicto, entre otros, con el derecho a la libertad de información.

En este mismo sentido consideramos que podemos entender la afirmación que el Alto Tribunal realiza, en el año 2000, cuando *crea* el derecho a la protección de datos. El TC no se refiere, entonces, al derecho al olvido sino, como dijimos, a la “*facultad de rectificación y cancelación*”⁹⁰³, entre otras. Y afirma que son “*un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental*”⁹⁰⁴.

Por tanto, cuando se produce la colisión entre la protección de datos y el ejercicio de la libertad de información, es necesario el derecho al olvido para evitar que determinadas informaciones periodísticas (ya vertidas) se mantengan a lo largo del tiempo en la red y que podamos encontrarlas a través de los motores de búsqueda.

⁸⁹⁹ *Ídem.*

⁹⁰⁰ *Ídem.*

⁹⁰¹ SALA LEDESMA, E., “Derecho al olvido. Reseñas de jurisprudencia, Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 308-313. Disponible en:

<https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12729/13165>.(Consulta: 26/07/23).

⁹⁰² *Ídem.*

⁹⁰³ STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8.

⁹⁰⁴ *Ídem.*

IV. Big Data

1. Conceptualización

En un intento de aproximarnos al nacimiento de este *revolucionario* concepto, que influye en el tratamiento de datos por los periodistas, “hay quienes hablan de los años 80 como del inicio del big data, cuando los procesadores y la memoria computacional hicieron posible analizar más información. Sin embargo, el fenómeno del big data no deja de ser el **último paso** de la humanidad en un camino ancestral: el deseo de comprender y cuantificar el mundo”⁹⁰⁵. Primero hemos de adentrarnos en el siglo XXI, bien avanzado éste, para que se globalice el fenómeno de internet y que, posteriormente, surja el big data que supone la comprensión, el dotar de sentido a la ingente cantidad de material que existe en la red⁹⁰⁶.

En su conceptualización, para la RAE el big data es “*El conjunto de técnicas que permiten analizar, procesar y gestionar conjuntos de datos extremadamente grandes que pueden ser analizados informáticamente para revelar patrones, tendencias y asociaciones, especialmente en*

⁹⁰⁵ GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016, p. 15. La negrita es nuestra. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>. (Consulta: 20/04/23).

⁹⁰⁶ *Vid. ibidem* p. 13, cuando pone de manifiesto la interrelación, evidente, entre internet y el big data. “*Si hace tan solo unos años se hablaba de la revolución que ha provocado internet, hoy en día nos encontramos ante un nuevo fenómeno, una tendencia tecnológica menos visible pero con igual poder de transformación, el big data. Si bien es cierto que son realidades diferentes, también lo es que internet facilita mucho la recogida y la transferencia de datos sobre la que se basa el big data*”.

relación con la conducta humana y las interacciones de los usuarios”⁹⁰⁷.

No es una tecnología o técnica concreta, “sino más bien un planteamiento de trabajo para la obtención de valor y de beneficios como consecuencia del tratamiento de los grandes volúmenes de datos que se están generando día a día”⁹⁰⁸. En todo caso, no podemos obviar “la relación del Big Data con otras tecnologías”⁹⁰⁹ examinadas, resultando difícil dar una definición que lo explique con exactitud. No obstante, “podemos encontrar autores que se han atrevido a aportar alguna definición relativamente formal, como la que muestra Starmans, que lo define como “muchos o demasiados datos de los que solemos usar, o los cuales no pueden ser manejados, accedidos, analizados, interpretados y validados por medios convencionales, como base para obtener información útil y conocimiento confiable”⁹¹⁰.

El big data ostenta un papel protagonista en el derecho fundamental a la protección de datos y la libertad de información; su influencia deriva de la necesidad de que el derecho fundamental, instrumento jurídico de tutela de la persona, ante este nuevo reto tenga que reconsiderar sus contornos y la forma de tutelar al ser humano.

El big data supone la interrelación de importantes elementos. Por un lado, los datos/información, cantidades ingentes de datos que aportan mucha información y que usan los periodistas y, por otro, la tecnología/identidad, toda vez que existen unas avanzadas técnicas para

⁹⁰⁷ <https://dpej.rae.es/lema/big-data>. (Consulta: 20/04/23).

⁹⁰⁸ GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016, p. 13. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>. (Consulta: 20/04/23).

⁹⁰⁹ ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos. Una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Fundación Mapfre, Madrid, 2019, p. 27.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

procesar los datos, analizarlos y mostrarlos, que realizan patrones de conducta de los usuarios de la tecnología⁹¹¹ y, como consecuencia, se adentran en nuestra identidad o, más bien, en la identidad que ellos mismos crean.

Los programas de big data, en términos generales, no suponen una amenaza. Antes al contrario, en determinados campos, como por ejemplo la salud, supondrán un salto cualitativo para los avances científicos al poder gestionar cantidades ingentes de información/datos y lograr soluciones a graves problemas planteados. No obstante, en materia de protección de derechos fundamentales, protección de datos, ésta resulta afectada por la utilización del big data; herramienta básica, en la actualidad, para el ejercicio de la libertad de información.

Para poder luchar con el problema de los patrones que efectúan los programas de big data, la doctrina mayoritaria considera suficiente la anonimización y disociación para cumplir con lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos. Entre ellos, Ortega Giménez afirma que con los citados procedimientos “la privacidad de los individuos queda protegida”⁹¹². Y que “junto con la anonimización, nuestra norma trata, además, de lo que denomina el proceso de disociación, que permite crear datos pseudónimos, una categoría de datos que, sin ser anónimos, tienen más garantías para la privacidad que los datos puramente personales”⁹¹³.

Aunque en un principio estas técnicas expuestas parecerían suficientes para la protección de datos frente a su uso por los periodistas para

⁹¹¹ *Vid. ídem*, cuando afirma que “La idea principal es que a partir del tratamiento de cantidades masivas de información, algo hasta ahora imposible, podamos comprender cosas antes desconocidas cuando solo analizábamos cantidades pequeñas de información, y permite descubrir o inferir hechos y tendencias ocultos en las bases de datos”.

⁹¹² ORTEGA GIMÉNEZ, A., *obra cit.*, pp. 47, 48 y 109.

⁹¹³ *Ídem*.

obtener información, lo cierto es que son insuficientes, planteándose el interesante tema de la huella digital. “Se han encontrado huellas personales en datos que hasta entonces no habían sido considerados de identificación personal. Es decir, a pesar de que en una base de datos no aparezcan nombres, se aprecian patrones. Y con estos patrones, una persona con suficientes conocimientos analíticos puede obtener nombres”⁹¹⁴.

Al ciudadano se le plantea un grave problema frente al uso que de sus datos puedan realizar los periodistas con el big data, toda vez que esa huella digital permite la reidentificación. “El *big data*, al incrementar la cantidad y diversidad de la información, facilita la reidentificación de individuos, incluso después de haber sido anonimizados”⁹¹⁵.

2. El tratamiento de datos con la IA

Aunque resulte paradójico, el origen de la IA se remonta a la primera mitad del siglo XX. En particular, a “los años 40, cuando Allan Turing y Grey Walter crearon las primeras máquinas inteligentes que, una década después, hicieron la transición entre el sistema decimal y la lógica binaria”⁹¹⁶. El término IA se acuñó “más de una década después (...)

⁹¹⁴ *Ídem*.

⁹¹⁵ GIL, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016, p. 78. Si bien es un parafraseado de la obra de NEIL CUKIER, K., y MAYER-SHOENBERGER, V., *Big Data; a revolution that Will transform how we live, work and think*, Houghton Mifflin Harcourt (2013). Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>. (Consulta: 18/07/23).

⁹¹⁶ HERRERA DE LAS HERAS, R., *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 18. Son interesantes las reflexiones sobre los orígenes de esta ciencia. Vid. obra cit., p. 18, cuando continúa afirmando que “Walter construyó algunos de los primeros robots de la historia y Turing no solo fue famoso por crear la legendaria máquina Enigma, sino que inventó el test de Turing, que determinaba cuando se encontraban ante una máquina inteligente. Como explican HOCHÉL y

concretamente en 1956, año en el que McCarthy, Minsky y Shannon lo definieron (...) como el hecho de conseguir que una máquina pudiese razonar como un ser humano, aprender de sí misma y ser capaz de resolver problemas más o menos complejos”⁹¹⁷. Una definición que, sin lugar a dudas, nos alerta de que su desarrollo (en el momento actual se encuentra en un momento álgido), supondrá un paso más en la necesidad de proteger nuestro derecho fundamental a la protección de datos.

Para la RAE la inteligencia artificial es la “*disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana como el aprendizaje o el razonamiento lógico*”⁹¹⁸. Se define por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades como “*la Ciencia e Ingeniería que permite diseñar y programar máquinas capaces de llevar a cabo tareas que requieren inteligencia para ser realizadas*”⁹¹⁹. De otro lado, no podemos obviar a la Comisión Europea, que en su libro blanco sobre la inteligencia artificial señala que la IA “*es una colección de tecnologías que combinan datos, algoritmos y potencia informática*”⁹²⁰. Por tanto, la

GÓMEZ MILÁN, el test de Turing consiste en el estudio de una conversación que mantenía una persona con el sistema en el que se encontraba instalado el software de inteligencia artificial. Si esa persona era incapaz de determinar cuál de los dos era el ordenador, se consideraba que el sistema tenía una inteligencia comparable a la humana. Esta explicación es interesante porque, como luego veremos, uno de los elementos que caracteriza a esta ciencia es precisamente la cercanía con la inteligencia humana”.

⁹¹⁷ *Ídem*.

⁹¹⁸ <https://dle.rae.es/inteligencia>. (Consulta: 21/04/23).

⁹¹⁹ SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *Estrategia española de I.D.I en inteligencia artificial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019, p. 12. La negrita es nuestra. Disponible en: [Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI%20\(2\).pdf](#). (Consulta: 21/04/23).

⁹²⁰ CE, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza* (2020). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=.(Consulta: 27/04/23).

IA se *alimenta* de datos y les da forma, lo que hace necesario perfilar qué derechos fundamentales están en juego.

Resulta de todo punto interesante la reflexión que realiza el Ministerio de Ciencia sobre su interrelación con numerosas disciplinas al afirmar que *“La IA es un área de la informática y comparte algunas técnicas con otras disciplinas, como las matemáticas y la estadística o la ciencia cognitiva. Debido a la creciente complejidad de sus aportaciones es cada vez más interdisciplinar, con sinergias con la biología, la filosofía, el mundo del derecho, la psicología, la sociología y la economía”*⁹²¹. Esta reflexión conecta directamente con nuestra *idea* del derecho fundamental que está regulado en el art. 18.4 CE que debe referirse/proteger directamente derechos cuya definición podríamos encontrar en disciplinas alejadas de la jurídica.

En este periodo examinado, ya casi al final de la primera cuarta parte del siglo XXI, la IA tiene una importancia decisiva en la transformación social, es *“un elemento de transformación de nuestra realidad social”*⁹²² y, por tanto, en el derecho fundamental a la protección de datos⁹²³ por la utilización que los periodistas pueden realizar de la misma en la elaboración de sus artículos. Es *“una de las disciplinas que puede influir más en la rápida transición hacia una nueva sociedad y economía. Es*

⁹²¹ SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *Estrategia española de I.D.I en inteligencia artificial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019, p. 9.

⁹²² Agenda digital-Economía del dato e inteligencia artificial, p. 2. Disponible en: <https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210330-Agenda-Digital-9-Economia-dato-inteligencia-artificial.pdf>. (Consulta: 21/04/23).

⁹²³ SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *Estrategia española de I.D.I en inteligencia artificial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019, p. 45 cuando afirma que *“...siempre respetando las regulaciones de privacidad y protección de datos”*.

*una revolución tecnológica, por lo que España debe involucrarse en el desarrollo de una estrategia de investigación, desarrollo tecnológico e innovación que contribuya a la generación de beneficios económicos y sociales en nuestro país”*⁹²⁴.

Cualquier gran revolución conlleva, lógicamente, riesgos que entendemos necesarios para la evolución de la sociedad⁹²⁵; no obstante, el ordenamiento jurídico debe adaptarse a ellos. En el caso de la IA es evidente su interconexión con los *datos*⁹²⁶ o más bien dependencia de ellos, y, por tanto, “la protección de datos tendrá que adaptarse a la

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁹²⁵ Vid. CE, Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza (2020), cuando afirma “Dado el gran impacto que la IA puede tener en nuestra sociedad y la necesidad de generar confianza, es vital que la IA europea se base en nuestros valores y derechos fundamentales, como la dignidad humana y la protección de la privacidad”. Disponible en:
[https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=)

content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=. (Consulta: 27/04/23).

⁹²⁶ Vid. SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, *Estrategia española de I-D-I en inteligencia artificial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019, p. 34 cuando afirma que “**la IA como tecnología facilitadora permite la digitalización, el análisis y la interpretación de fuentes masivas de datos sociales, económicos, políticos, culturales y patrimoniales. Las infraestructuras de digitalización masiva del patrimonio histórico y cultural y de computación de altas prestaciones, se completan con tecnologías de IA para el tratamiento en el espacio digital de los objetos propios de las humanidades, generando un cambio radical en los procedimientos de investigación. Cabe destacar, especialmente, el análisis del amplio y rico patrimonio histórico y cultural como uno de los activos más importantes del país. La IA está transformando los métodos y procesos para la conservación y el acceso a este patrimonio generalmente oculto en archivos, bibliotecas y museos. La IA proporciona medios innovadores para acceder, experimentar y divulgar el patrimonio digital no sólo a la comunidad académica sino también a la ciudadanía en general con herramientas, como el aprendizaje automático, que permiten (re)interpretar el pasado y tomar decisiones sobre el presente y el futuro. A modo de ejemplo, podemos citar el nuevo portal de datos abiertos de la Biblioteca Nacional de España. En definitiva, la IA aplicada a las humanidades está generando nuevos modelos y servicios de impacto importante en el turismo, la cultura o la educación, así como en la elaboración de políticas, la planificación urbana y el modelado ambiental, económico y social, entre otros ámbitos**”. La negrita es nuestra.

nueva realidad que impone la inteligencia artificial”⁹²⁷, siendo necesario perfilar el derecho fundamental a la protección de datos.

V. NECESIDAD DE PERFILAR LA REVOLUCIÓN DIGITAL

En el siglo XXI nos encontramos con una revolución tecnológica que avanza rápidamente y que influye, inexorablemente, en la sociedad. Al mismo tiempo, implica una influencia, sin precedentes, en la libertad de información y, consecuencia de ello, en el derecho fundamental a la protección de datos.

De la indudable colisión que se produce entre ambos derechos se evidencia la necesidad de mejorar los perfiles de esta revolución digital, para no encontrarnos con una normativa siempre por detrás de los avances de la sociedad tecnológica. No se trata de fijar límites, sino de configurar los distintos ámbitos de la digitalización de la sociedad para poder dictar normas más protectoras de derechos *frente* a la informática.

⁹²⁷ HERRERA DE LAS HERAS, R., *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 58. Vid. pp. 58-59 cuando afirma “Mejor dicho, **la inteligencia artificial tendrá que**, por defecto y desde el diseño, **establecer procedimientos para que su aplicación sea compatible con el respeto a la privacidad**. No podemos obviar que el tratamiento de datos, con el avance de la inteligencia artificial, aumentará de manera muy notable convirtiéndose en un uso masivo y veloz. Lo mismo sucederá con los riesgos que lleva aparejados. A mayor uso de datos, especialmente con un volumen tan amplio, mayor posibilidad de que se pueda violar la privacidad de los ciudadanos. El propio Parlamento Europeo, de manera reciente, se ha manifestado en este sentido en su Recomendación a la Comisión sobre un marco de aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. En la citada recomendación afirma que “el uso de datos, incluidos los datos personales como los datos biométricos, resultantes del desarrollo, despliegue y utilización de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas están aumentando rápidamente, lo que pone de relieve la necesidad de respetar y hacer cumplir los derechos de los ciudadanos a la intimidad y la protección de los datos personales de conformidad con el derecho de la Unión”. La negrita es nuestra.

Ya existen, pero se están revelando de todo punto insuficientes para los retos a los que nos enfrentamos con la realidad digital expuesta. Un camino sinuoso, entre grandes árboles tecnológicos, a veces con huecos que arrojan luz; pero, otras veces, sorprendentemente dificultosos para una regulación normativa que aspira a no coartar derechos, sino a su protección.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*. 10ª, Tecnos, Madrid, 2021.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., “Sentencia Google Spain y derecho al olvido”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Uría Menéndez, Madrid, 2014.

BRAGE CAMEZANO, J., “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 74, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

BRYSON, J., “La última década y el futuro del impacto de la IA en la sociedad”, *¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente*, BBVA, Madrid, 2019. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com>.

BURZACO SAMPER, M., *Protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2020.

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *La idea de persona y dignidad humana*, Dykinson, Madrid, 2018.

CARDONA RUBERT, M.B. y CORDERO GORDILLO, “Redes sociales y derechos colectivos”, *Revista Direito e Desenvolvimento*, Joao Pessoa, Brasil, vol. 6, n.º 11, 2015.

CASTELLS OLIVÁN, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, vol. 2, Siglo XXI, México, 2003.

———. "La dimensión cultural de Internet", *Institut de cultura: debats culturals*, UOC, 2002. Disponible en: <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>.

CAÑÓN RODRÍGUEZ, R., GRANDE DE PRADO, M. y CANTÓN MAYO, I., "Brecha digital: impacto en el desarrollo social y personal. Factores asociados", *Tendencias pedagógicas* n.º 28, UAM, Madrid, 2016.

CASTRO BONILLA, A., *Derecho de autor y nuevas tecnologías*, EUNED, Costa Rica, 2006.

———. "La sociedad de la información", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 100, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2003. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17384>.

COTINO HUESO, L., "Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005.

———. "Algunas cuestiones clave de protección de datos en la nube. Hacia una regulación nebulosa", *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 51, Barcelona, 2015.

———. "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, n.º 24, 2019. Disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata>

———. *Libertad en internet, la red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

———. “Sesgos y discriminación algorítmica ¿de qué hablamos? Y algunos ejemplos”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

COTINO HUESO, L. (dir.) y BAUZÁ REILLY, M. (coord.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Madrid, 2022.

ESTUDILLO GARCÍA, J., “Surgimiento de la sociedad de la información”, *Biblioteca universitaria*, Vol. 4, n.º 2, UNA de México, México, 2001. Disponible en:

<https://www.redalyc.org/pdf/285/28540203.pdf>.

FERNÁNDEZ BARBUDO, C., “Privacidad (digital)”, *Eunomía*, n.º 17, Universidad Carlos III, Madrid, 2019.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., *Inteligencia Artificial y derechos fundamentales, ¿qué regulación?*, Derecho digital e innovación, n.º 11, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

GARCÍA AVILÉS, J.A., “El impacto de la inteligencia artificial en el periodismo”, *Blog UMH*, UMH, 2019. Disponible en: <https://mip.umh.es/blog/2019/11/02/el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-periodismo/>.

GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD, Madrid, 2016. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>.

GONZÁLEZ MARTÍN, M.R. y OTROS, “Educación, pandemia y brechas digitales: lecciones de un momento histórico”, *Revista Participación Educativa*, Consejo Escolar del Estado, Madrid, 2020.

Disponible en: <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:74ddea51-924a-4d9c-b96b-cac342bd2578/pe-n11-art04-universidad-complutenese.pdf>.

GONZALO PENELA, C., “Comunicación social”, *Blog tendencias electorales*, 2016. Disponible en: <https://www.carlosgonzalo.es/el-sesgo-ideologico-de-los-resultados-de-google/>.

GORRAIZ DE LA MATA, “Cómo funciona el algoritmo de Google: conoce las pistas para posicionar mejor”, *Blog de SEO*, agencia SEO, Madrid, 2020. Disponible en: <https://agenciaseo.eu/como-funciona-el-algoritmo-de-google/>.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, UE, 2007.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, UE, 2018.

HERRERA DE LAS HERAS, R., *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*, INTECO, Madrid, 2009.

LETURIA INFANTE, F.J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista chilena de derecho*, vol. 43, n.º 1, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pp. 91-113. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf>.

LLOP, P., “Periodismo ciudadano: España”, *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación*, Ariel, Madrid, 2011. Disponible en: https://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21633/periodismo_ciudadano_2011.pdf.

MONLEÓN-GETINO, A., “El impacto del Big-data en la Sociedad de la Información. Significado y utilidad”, *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, n.º 2, Universidad Complutense, Madrid, 2015. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/51392/47672>.

RODRÍGUEZ-GÓMEZ, R., “Internet de las cosas: Futuro y desafío para la epidemiología y la salud pública”, *Universidad y salud*, vol. 1, n.º 3, Universidad de Nariño, Colombia, 2019. Disponible en: <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/usalud/article/view/3628/5396>.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El derecho a la protección de datos personales y su necesaria materialización ius internacional privatista para la salvaguarda de la dignidad del ser humano”, *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor*, Colex, Madrid, 2023.

———. *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos. Una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Fundación Mapfre, Madrid, 2019.

SALA LEDESMA, E., “Derecho al olvido. Reseñas de jurisprudencia, Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 308-313. Disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12729/13165>.

SCHWARTZ, P. M., “Internet, Privacy and the State”, *Connecticut Law Review*, Universidad de Connecticut, Storrs, 2000. Disponible en:

<https://paulschwartz.net/wp-content/uploads/2019/01/SCHWARTZ-CK1A-1.pdf>.

———. “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *Vanderbilt Law Review*, Universidad Vanderbilt, Nashville, 1999. Disponible en: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=vlr>.

SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES y GRUPO DE TRABAJO EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL GTIA, “Estrategia española de I+D+I en inteligencia artificial”, Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2019. Disponible en: [Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI%20\(2\).pdf](#).

SEIJAS VILLADANGOS, E., “El pulso del populismo global a la constitución. Pinceladas de un escenario distópico”, en TUR AUSINA, R. (dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022.

———. “Recensión del libro de ALEGRE MARTÍNEZ, MA., La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español, Universidad de León, León, 1996”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 42, Cortes Generales, Madrid. Disponible en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/issue/view/14>.

———. “Retos constitucionales en materia de género”, *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, Universidad de León, León, 2015.

TORRES DEL CASTILLO, R.M., “Sociedad de la información / sociedad del conocimiento”, ub.edu, septiembre 2005. Disponible en:

<http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsciberprome/socinfocon.pdf>.

TUR AUSINA, R., *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

———. “Lealtad constitucional y democracia”, *Revista de derecho político*, n.º 101, UNED, Madrid, 2018. Disponible en: <https://www.proquest.com/docview/2281095874/fulltextPDF/AB451064E3D34FECPQ/1?accountid=28939>.

URUEÑA, A. y OTROS, *Las redes sociales en internet*, ONTSI, Madrid, 2011.

VII. JURISPRUDENCIA

STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio. STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre. STC, sala 1ª, 21/2000, de 31 de enero. STC, pleno, 290/2000, de 30 de noviembre. STC, pleno, 292/2000, de 30 de noviembre. STC, sala 2ª, 42/2022, de 21 de marzo. STC, pleno, 67/2022, de 2 de junio. STC, pleno, 89/2022, de 29 de junio. STJUE, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014. STS, sala 1ª, 346/2022, de 1 de febrero. STS, sala 1ª, 1465/2022, de 20 de abril. STS, sala 1ª, 724/2023, de 7 de febrero.

2. Capítulo de libro: ORTS RODRÍGUEZ, A., “Derecho a la protección de datos personales ¿alejado de los constituyentes?”, en TUR AUSINA, R. (dir.), *Sujetos, derecho y lealtad constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2022. ISBN 9788413454559.

Se transcribe a continuación:

**Derecho a la protección de datos personales
¿alejado de los constituyentes?**

ANA ORTS RODRÍGUEZ

Profesora Asociada. Área de Derecho Constitucional. UMH de Elche

I. A modo de premisa

El constitucionalismo contemporáneo está marcado intensamente por los derechos fundamentales. Como afirma Pérez Luño, “se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho”⁹²⁸. Para Solozábal Echevarría son la “condición misma de la democracia, que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales”⁹²⁹. En este

⁹²⁸ PÉREZ LUÑO (1988: 19)

⁹²⁹ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (1991: 87-109)

marco de primacía de los derechos fundamentales, surge un derecho en la segunda mitad del siglo XX, la protección de datos personales, que se abre paso entre los demás, y que los envuelve y se *apropia* de parte de su contenido; y todo ello con la estela de la revolución tecnológica.

Consciente del debate doctrinal que suscita este derecho, de la complejidad que entraña la determinación de su naturaleza jurídica, de su contenido, consideramos necesario y de justicia, examinar la labor que realizaron nuestros primeros parlamentarios, desde la perspectiva que otorga el transcurso de más de cuatro décadas; para analizar en qué medida podemos o no, extraer de los debates constituyentes la auténtica naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos. Intentar desentrañar en qué pensaban los constituyentes cuando introdujeron la referencia a la informática, si fue acertada su ubicación en el artículo 18 de la Constitución española o por qué se puso en relación sólo con el honor y la intimidad; si eran conscientes de la importancia que tenía ya entonces la informática, y si fueron visionarios, prudentes o desconocedores del devenir de los acontecimientos que pondría la tecnología en el centro del debate relativo a la protección de los derechos fundamentales. De esta manera, podremos intentar comprender la controversia existente en torno a la naturaleza jurídica de este derecho, en particular desde la perspectiva de los debates parlamentarios que se produjeron a lo largo de 1977-78; y así tratar de determinar el verdadero contenido del derecho. Este objetivo de intentar aportar algo de luz en el entramado de posiciones doctrinales y jurisprudenciales, pasándolas por el tamiz del espíritu de los constituyentes, nos permitirá ahondar, aún más si cabe, en la complejidad del tema.

Con la mirada puesta en el objetivo marcado, hemos de ser conscientes de que el derecho a la protección de datos surge como consecuencia de los avances tecnológicos que tienen lugar en la segunda mitad del siglo XX, lo que unido a la influencia de sus orígenes (*privacy norteamericana*) y de la legislación y sistemas constitucionales de nuestro entorno, parece haber dado lugar a una regulación un tanto indefinida del mismo en la Constitución española⁹³⁰. Por tales razones, resulta interesante conocer su origen histórico, para adentrarnos posteriormente en el *iter* constitucional.

II. El contexto: referencias de derecho comparado

Ahondando en el derecho comparado, encontramos una primera referencia lejana que nos sirve de base al actual derecho a la protección de datos. Dicha referencia la hayamos en un artículo (“The Right to Privacy”) escrito por dos abogados estadounidenses a finales del siglo XIX⁹³¹, que parten de un estudio realizado unos años antes por el Juez Cooley sobre el *Right to be let alone (derecho a no ser molestado)*. En dicha obra surgirá en cierta medida el derecho a la privacidad, concepto jurídico de difícil concreción incluso para la jurisprudencia norteamericana, que ya desde sus orígenes “*adquiere una connotación caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, especialmente del Estado y los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía*”⁹³². Warren y Brandeis generarán un importante impacto al dar soluciones jurídicas a los conflictos prácticos que suceden en sus vidas privadas (y en las de

⁹³⁰ Art. 18.4 CE “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”

⁹³¹ WARREN y BRANDEIS (1890: 194-220)

⁹³² SALDAÑA DÍAZ (2012: 195-239)

otros norteamericanos) ante lo que, para ellos, es una revolución tecnológica con el desarrollo de la prensa escrita y los medios de grabación de la imagen y el sonido.

La gran aportación de Warren y Brandeis se produce por la transición de un concepto clásico e individualista, donde el derecho a la intimidad está relacionado con la propiedad privada, a un concepto más amplio, que pasa a considerar el derecho a la privacidad como un derecho constitucional, íntimamente ligado a la dignidad de la persona. Se trata, en efecto, del derecho a ejercer control sobre la información que afecta a cada persona⁹³³, lo que visto desde la actualidad, no deja de implicar un salto cualitativo. Esta concepción novedosa, que va más allá del concepto tradicional de intimidad, es recogida en diversas resoluciones de los Tribunales norteamericanos, como “*en el caso Roberson v. Rochester Folding Box Co., en el que una joven estudiante demandó a la empresa Rochester por publicar miles de litografías de su imagen con fines comerciales sin su consentimiento, alegando expresamente la teorización de Warren y Brandeis en su defensa. El Tribunal de Nueva York reconoció la violación del derecho a la privacidad, estimando que la imagen de una persona tiene un valor que pertenece exclusivamente a su titular, salvo que medie su consentimiento expreso*”⁹³⁴.

La concepción de estos dos abogados continuará teniendo virtualidad en la doctrina y jurisprudencia norteamericana del siglo XX. En ese periodo se dictan las primeras leyes sobre protección de datos, ineludiblemente ligadas a la revolución que supuso el uso de los ordenadores como mecanismo de obtención y almacenamiento de

⁹³³ WARREN y BRANDEIS (1890: 194-220)

⁹³⁴ SALDAÑA DÍAZ (2012: 221)

información. La mayoría de ellas no son leyes generales o estatales, sino de los Estados federados y, fundamentalmente, regulan la protección de datos en el ámbito del sector público. La primera ley general que se publicará será la *Privacy Act* de 1974, que permite a los ciudadanos proteger sus datos, prohibiéndose su utilización, sin el consentimiento del titular, con una finalidad distinta para la que inicialmente fueron recabados.

En este contexto, aparecen en Europa diferentes leyes sobre protección de datos, entre las que destaca sobre las demás, por su carácter pionero, la Ley alemana del Land de Hesse (*Datenschutz*) de 7 de octubre de 1970; primer texto normativo que regula la materia y que, además, utiliza por primera vez en una norma el término protección de datos. Esta ley pone el énfasis en la protección de los datos de las personas físicas frente a su tratamiento por las administraciones y crea una figura independiente para velar por su cumplimiento, el Comisario de Protección de Datos. Tras ella, y ya en el ámbito estatal, debemos referirnos a la Data Lag de Suecia 1973/289, de 11 de mayo de 1973 que protege los datos de las personas físicas en el sector público y privado, y crea una autoridad pública competente que, salvo excepciones, debe autorizar el tratamiento de los datos (*Datainspektionen*). Posteriormente, el 27 de abril de 1977 el Parlamento Federal Alemán aprueba la Ley Federal Bundesdatenschutzgesetz, centrada en el concepto *Mißbrauch* – abuso, contravención- de la informática. Esta norma efectúa una profunda regulación de derechos tan importantes como los de acceso, rectificación o cancelación. Por su parte, en Francia se publica la Ley nº 78-17, de 6 de enero de 1978, cuyo artículo 1 es clave, pues señala que la informática “No debe perjudicar ni la identidad humana, ni los derechos humanos, ni la intimidad de las personas, ni las libertades

individuales o públicas”⁹³⁵. Encontramos una norma que, por vez primera, no se limita a conectar la protección de datos con la intimidad. Con ello se observa un camino hacia la imbricación de distintos derechos dentro de la protección de datos pero, sobre todo, quizá la cuestión más relevante es que la ley francesa se refiere a los conceptos de intimidad e identidad como no lo habían hecho otras normas.

En nuestro entorno más cercano es necesaria la referencia a Portugal, primer país que incluye en su Constitución la protección de datos como derecho fundamental. Así la constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 en su artículo 35 (actualmente reformado) señalaba que “1. *Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que constare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización.* 2. *La informática no puede ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se tratare del proceso de datos no identificables para fines estadísticos.* 3. *Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos*”⁹³⁶. Una de las reformas que sufrió este artículo fue la de sustituir, en el año 1982, el término *registros mecanográficos* por *registros informáticos*. Pero si por algo destaca su primera redacción es por incluir importantes conceptos como el derecho de rectificación y actualización de datos, así como la referencia a los datos sensibles. Todo un avance normativo de nuestro país vecino, que supo ver la importancia de este derecho e incorporarlo a un texto constitucional. Evidentemente los legisladores lusos debían conocer toda la legislación europea sobre la materia; ya se habían promulgado la Ley alemana del Land de Hesse del 70 o la Data Lag de

⁹³⁵ TÜRK (2005: 2)

⁹³⁶ ASPAS ASPAS (1994: 278)

Suecia del 73; resultando curioso que nuestros constituyentes, conocedores de este artículo, no lo utilizaran e incorporaran a nuestra Constitución.

Con posterioridad, hay que destacar dentro de este *iter* cronológico, la Ley federal austriaca sobre protección de datos, de 18 de octubre de 1978, que atribuye rango constitucional a algunos de sus artículos, entre otros al artículo 1, según el cual “*Toda persona tiene derecho a exigir y a hacer valer en juicio que sean mantenidos en secreto los datos personalizados que le conciernen, en la medida en que sobre los mismos tuviere un interés digno de protección, en especial en relación con el respeto a su vida privada y familiar.*”

Sólo serán admisibles limitaciones al derecho reconocido en el primer párrafo si así lo exigiere la salvaguarda de intereses legítimos de otro o si tales limitaciones tuvieren su base en leyes que fueren necesarias en virtud de las razones que se mencionan en el artículo 8, segundo párrafo, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aun en el supuesto de tales limitaciones deberá darse la primacía al trato confidencial de los datos personalizados.

Toda persona tendrá, siempre que se elaboraren datos acerca de ella con ayuda de medios automáticos, el derecho a exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, información acerca de quién obtiene o elabora datos acerca de ella, de dónde proceden los datos, de cuáles son los datos, qué contienen y para qué son empleados.

Toda persona tendrá, siempre que se elaboren datos acerca de ella con ayuda de medios automáticos, el derecho a exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, la rectificación de los datos inexactos y el

de exigir la cancelación de los datos obtenidos o elaborados indebidamente.

Sólo si se dieran las condiciones aludidas en el segundo párrafo, serán admisibles limitaciones con respecto a los derechos aludidos en los párrafos tercero y cuarto.

Siempre que los entes de Derecho público ejercieren sus funciones sirviéndose de las formas del Derecho privado, el derecho fundamental a la protección de datos se hará valer por el cauce de la jurisdicción ordinaria”⁹³⁷. Nos encontramos, como fácilmente se observa, con una Ley que incluye una amplia regulación de la protección de datos como derecho fundamental. Aunque es de fecha anterior a la Constitución española, no pudo influir en nuestros parlamentarios por la cercanía de las fechas de publicación, existiendo pocas probabilidades de que conocieran su contenido.

Cualquier avance tecnológico, no sólo informático, por insignificante que nos pueda parecer ahora, tal y como aconteció a principios del siglo XIX con los primeros sistemas de grabación de imagen y sonido, contribuyó a iniciar el largo camino hasta nuestra actual regulación constitucional sobre la protección de datos. Es interesante que ya, desde los inicios, en las distintas legislaciones sobre protección de datos, el derecho aparezca íntimamente ligado a la intimidad e ineludiblemente también a la información. Tecnología e información son los dos ejes que sustentan todas las regulaciones destacadas en protección de datos, con especial referencia a la informática, definitivamente implantada en nuestras vidas. Estas leyes destacaron tanto las bondades y las ventajas de la informática, como sus riesgos y desventajas. Y sobre todas las leyes europeas en la materia,

⁹³⁷ HEREDERO (1979:134-135)

debemos darle un papel fundamental a la Ley del Land de Hesse, por la revolución que supuso una regulación tan completa, además de ser la primera ley que utiliza el concepto de protección de datos que se va a mantener en las normas posteriores, sin que ni siquiera haya sido sustituido por otro en la actualidad. Por último, pero no menos importante, antes al contrario, ha de señalarse cómo la Ley francesa, con un punto que podría calificarse de visionario, introduce en su normativa, además del concepto de intimidad, los de *identidad humana, derechos humanos y libertades individuales o públicas*, como bienes constitucionales a proteger frente a la informática.

III. Los debates constituyentes españoles: una mirada presciente, prudente e indecisa

Años antes de promulgarse la Constitución del 78, se había publicado en España un Decreto de la Presidencia del Gobierno, Decreto 2280/1970, de 12 de septiembre, que crea la Comisión Interministerial de Informática y el Servicio Central de Informática, cuyo artículo primero ofrecía una definición de la informática señalando que “...se entenderá por informática el conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de proceso de datos. A los mismos efectos, se considerarán equipos de procesos de datos aquellas máquinas y dispositivos capaces de elaborar información en forma digital siempre que la entrada de los datos o la salida de los resultados tenga lugar sobre un soporte creado o aceptado por otras máquinas. Asimismo, se entenderá por equipos de procesos de datos las máquinas

y dispositivos capaces de aceptar o crear dichos soportes de información o de transmitir ésta a otras unidades”⁹³⁸.

En este contexto, parecería bastante claro que el marco normativo europeo sobre protección de datos y, sobre todo, la regulación de la Constitución portuguesa, junto con la creación en España en 1970 de una Comisión Interministerial de Informática, debieron influir en nuestros diputados y senadores a la hora de incorporar la referencia a la informática en el artículo 18.4 de la Constitución.

No obstante, para conocer si en ese momento se estaba pensando ya en el derecho a la protección de datos o solamente en una regulación constitucional específica que protegiera los derechos al honor e intimidad frente a la utilización de la informática, hemos de adentrarnos en profundidad en los debates constituyentes. Sólo desde esta perspectiva, desde la visión de nuestros primeros parlamentarios, podremos saber si ciertamente nos encontraremos con posterioridad, como a primera vista parece y suele señalarse, con un nuevo derecho de construcción jurisprudencial apartado de la finalidad pretendida por el legislador.

1. Las enmiendas a la ponencia

Una vez que la Ponencia elegida por la Comisión Constitucional provisional⁹³⁹ concluyó sus trabajos, se publicó en el Boletín oficial de las Cortes nº 44, de 5 de enero de 1978⁹⁴⁰, el Anteproyecto de Constitución con los correspondientes votos particulares. El artículo 18.4 tenía la siguiente redacción *“La ley limitará el uso de la informática*

⁹³⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/1970/10/10/pdfs/A16662-16663.pdf>

⁹³⁹ Creada por acuerdo del Congreso el 27 de julio de 1977

⁹⁴⁰ Véase Boletín Oficial de las Cortes, nº 44, de 5 de enero de 1978, en https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF

para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”⁹⁴¹. Fueron diversas las enmiendas que se introdujeron a esta primera redacción⁹⁴² y cuyo estudio resulta imprescindible y ciertamente interesante. Algunos de nuestros primeros diputados, aunque fueron prudentes en las redacciones alternativas que propusieron, tenían una visión acertada de la importancia que iba a tener la tecnología en nuestras vidas, sobre todo la informática; y así queda plasmado en los posteriores debates de sus enmiendas, que van mucho más lejos del contenido actual del derecho a la protección de datos que ha perfilado la jurisprudencia.

- Enmienda número 2: cuyo primer firmante es D. Antonio Carro Martínez, de Alianza Popular. Interesó la supresión del artículo 18.4 por estar incluido su contenido en el artículo 20.6⁹⁴³ que decía “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que las desarrollan y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*”⁹⁴⁴. Esta posición elimina la referencia a la informática, toda vez

⁹⁴¹ Idem

⁹⁴² Al respecto, las enmiendas al actual art. 18.4 CE, en el Anteproyecto de la Constitución

<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

⁹⁴³ <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

⁹⁴⁴ Véase art. 20 CE, cuya redacción en el Anteproyecto decía “1. Se reconoce el derecho a expresar y defender ideas y opiniones, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen, sin censura previa. 2. Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica, 3. Se reconoce la libertad de cátedra, de creación artística y de investigación científica. 4. Se reconoce la libertad de comunicar o recibir información objetiva y veraz por cualquier medio de difusión. 5. Los poderes públicos garantizarán el acceso a los medios de comunicación social de su propiedad o sometidos directamente o indirectamente a su control de los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España. 6. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que las desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 7. No podrá acordarse el secuestro de publicaciones y grabaciones, salvo mandato judicial y por causa de delito”.

que el artículo 20.6 no sólo no la incluye, sino que forma parte del artículo relativo, según la redacción del Anteproyecto, a la libertad de expresión, información y cátedra, entre otras. Por tanto, el Sr. Carro Martínez parece no dar importancia a la informática que sí daban todas las leyes europeas que regulaban la protección de datos, e incluso aquellos países que la habían introducido formando parte de un derecho fundamental.

- Enmienda número 16: primer firmante, D. Alberto Jarabo Payá de Alianza Popular. Propone “la sustitución de la palabra informática por la más sencilla y clara de información”. Su justificación es que considera “que la informática se ha convertido en la actualidad en una ciencia muy amplia en contenido y objetivos, que abarca toda una problemática independiente del individuo como persona integrante de una familia y de una sociedad”⁹⁴⁵. Es llamativo que no identifica la informática con medios tecnológicos, pareciendo confundir conceptos tan lejanos -al menos hoy, y creemos que también entonces, aunque quizá en menor medida-, como informática e información, y alejándose totalmente del concepto que de la misma ofrece el Decreto de 1970 y que parece que debiera conocer. Es lógico que las enmiendas 2 y 16, al ser introducidas por quienes pertenecen a un mismo grupo político, coincidan en la eliminación de la referencia a la informática, aunque también es de todo punto incomprensible. Lo llamativo, por un lado, es que la justificación de la supresión sea que la informática resulta un problema alejado del individuo, algo que, valga la redundancia, sí resulta alejado de la realidad social y normativa de su entorno más cercano. Por otro lado, hay que poner de relieve la conexión que realizan ambas enmiendas a la información que, sin que deba confundirse en ningún caso con la

⁹⁴⁵ <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

informática, pone en evidencia que se trata de una cuestión de gran relevancia, porque efectivamente uno de los grandes temas que pivotan en la protección de datos es la tutela frente a la ingente información que volcamos y extraemos amparados en las nuevas tecnologías. Hemos de incidir en que estas dos enmiendas no acaban de ver la entidad propia de la informática como medio tecnológico de transmisión de comunicación, de proyección de la información como contenido, que la multiplica exponencialmente. Simplemente estas enmiendas se quedan ancladas en la idea de que el honor, la intimidad y la propia imagen se pueden ver afectados por la información; parece obvio que no tenían muy claro el alcance del 18.4 CE.

- Enmienda 79: el primer firmante es D. Emilio Gastón Sanz, del Grupo Parlamentario Mixto, que interesa la modificación en el siguiente sentido “*La ley limitará el uso de la informática y de cualesquiera otros procedimientos que pudieran dañar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos*”. La justificación es la “necesidad de garantizar la intimidad personal y el honor de los ciudadanos frente a cualesquiera técnicas o procedimientos que pudieran dañarlo”⁹⁴⁶. Con ello revela una preocupación por garantizar determinados derechos fundamentales, honor e intimidad, más allá de la regulación contenida en el artículo 18.1⁹⁴⁷; y además protegerlos no sólo frente al uso de la informática, sino también frente a *otros procedimientos*, es decir, que ha captado que el problema son los “medios” a través de los cuales se transmite la información. Asimismo, pone el énfasis en los mecanismos/medios a través de los cuales se transmite información, porque tan importante como la información misma es el medio por el

⁹⁴⁶ Idem

⁹⁴⁷ Art. 18.1, según redacción del Anteproyecto “*1. Se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar*”

que se transmite, hasta tal punto que el medio determina la gravedad de la lesión del derecho a la protección de datos.

- Enmienda 117: el primer firmante es el grupo de Minoría Catalana que proponen como redacción “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. Consideran que “La limitación establecida en el presente artículo, centrada exclusivamente en el honor y la intimidad personal y familiar, parece ignorar que los posibles perjuicios del uso de la informática pueden producirse, además y de manera fundamental, en el ejercicio de los derechos tanto políticos como cívicos por parte de los ciudadanos”⁹⁴⁸. Supone un gran avance para el contenido actual del derecho a la protección de datos, toda vez que consideran necesario ampliar la protección de derechos frente al uso de la informática. La referencia a la informática trasciende los derechos del artículo 18 CE e implica un elemento a tener en cuenta para el correcto ejercicio de cualquier derecho. Esto abona la tesis de que la protección de datos no necesariamente ha de quedarse en el artículo 18, sino que puede ser un derecho que afecte, o se alimente, de otros derechos. La doctrina mayoritaria –y los tribunales- han deducido que mediante la protección de datos se protege la privacidad, quizá porque sustancialmente está en el artículo 18; sin embargo, el mismo artículo permite ver que, en realidad, la informática afecta a cualquier derecho; puede ser un peligro para cualquier derecho.

- Enmienda 339: del grupo socialista del congreso que proponen el siguiente texto “*La ley limitara el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar*”, justificándolo

⁹⁴⁸ <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

en que “en el apartado cuarto se elimina la referencia a los ciudadanos, porque este derecho debe referirse a todos los hombres”⁹⁴⁹. Aunque se recoge la justificación desde un lenguaje no inclusivo, se trata de una reflexión interesante, toda vez que pone de relieve que estamos ante un derecho ligado a la dignidad humana, que tienen todas las personas con independencia de la nacionalidad. Ello conecta con el tema de la titularidad de los derechos y las personas, que no ciudadanos.

-Enmienda 470 del grupo parlamentario mixto, con un texto del siguiente tenor *”La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en archivos o registros susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional”*. Consideran que, de esta forma, se garantizan mejor los derechos regulados en este artículo⁹⁵⁰. Ésta es la única enmienda en la que se observa un salto cualitativo respecto a las demás, pues directamente regula los datos personales contenidos en determinados soportes. Se observa así, la influencia de la legislación promulgada en países del entorno en materia de protección de datos, no perdiendo de vista, en particular, la constitución portuguesa. No obstante, tras los debates la enmienda quedó en nada.

-Enmienda 716: primer firmante D. Jesús Sancho Rof de UCD que interesa la supresión del artículo 18.4 por entenderlo subsumido como parte del 18.1. Entiende que no hace falta mencionar el medio “informática” porque lógicamente la privacidad se protege frente a cualquier medio⁹⁵¹. Es una enmienda técnicamente impecable, aunque se observa que o bien no le dan importancia a los riesgos de la informática

⁹⁴⁹ Idem

⁹⁵⁰ Idem

⁹⁵¹ Idem

o bien lo tienen tan claro -los riesgos que representa- que no hace falta mencionarlos.

- Enmienda 779: formulada por UCD, que también aboga por la supresión del artículo 18.4 al considerar que se trata de una “concreción innecesaria en una norma constitucional”⁹⁵². Esta enmienda, como la anterior, al ser propuestas por el mismo grupo político, interesa la supresión del apartado, lo que nos lleva a idéntica reflexión, debiendo esperar a los debates para conocer su verdadera intención.

Nos encontramos, al examinar todas las enmiendas presentadas, con tres grandes posturas:

1) La mantenida por quienes postulan la supresión del precepto al considerar irrelevante la referencia a la informática, toda vez que los derechos del 18.1 CE se deben proteger frente a cualquier *medio*. En principio, es una postura técnicamente correcta.

2) Una segunda postura, que implica la total modificación del artículo, acoge una redacción más acorde con la legislación de nuestro entorno, al hacer referencia a la protección relativa a los datos personales.

3) Y una tercera posición, muy relevante y cuyo estandarte es la enmienda 117, que defiende que la protección frente a los daños que puede causar la informática debe extenderse a todos los derechos y no sólo frente al honor e intimidad.

Por tanto, nos encontramos con posturas muy dispares, que parecen oscilar de un extremo a otro y que parecen reflejar que los diputados desconocen el tema, que no les interesa o, lo que es más importante a efectos jurídico-constitucionales, que no hay consenso. Es evidente que estamos ante una materia novedosa, que los desconcierta, o

⁹⁵² Idem

que parece cogerlos a contrapié, lo que no tiene demasiado sentido dada la extensa regulación que encuentran a su alrededor, sin necesidad de mirar más allá del entorno europeo o de su país vecino.

2. La discusión de las enmiendas

Hemos comentado la justificación que los diputados dieron a las enmiendas que intentaban introducir, justificaciones muchas veces parcas, aunque en otras ocasiones decían más que la redacción propuesta para el texto constitucional, lo que conduce a hacer una llamada de atención sobre la relevancia de los debates, para conocer la verdadera intención de nuestros constituyentes. Su defensa constituye el punto de partida para determinar si el contenido del actual derecho a la protección de datos recoge el espíritu y la finalidad pretendida.

Así, tras las referidas enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia procedió a su estudio y publicó su informe y un nuevo texto de Anteproyecto en el Boletín Oficial de las Cortes, nº 82, de 17 de abril de 1978⁹⁵³. El artículo, ahora 17.4, vino a señalar que *“La ley limitará el uso de la informática de manera que quede a salvo el respeto a la intimidad personal y familiar y al honor de los ciudadanos”*⁹⁵⁴. El informe fue debatido en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, durante veinticuatro sesiones, de mayo a junio de

⁹⁵³ https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF

⁹⁵⁴ Véase el BOC de 17 de abril de 1978, p. 1533, en el que se hace constar cómo se aprobó la nueva redacción “Por mayoría, con el voto en contra de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático que proponen, de acuerdo con la enmienda nº 779, la supresión del apartado. La Ponencia, con una modificación de estilo en la redacción, mantiene el texto del anteproyecto y no acepta la enmienda nº 16 del Sr. Jarabo Payá, la enmienda nº 79 del Sr. Gastón Sanz, la enmienda nº 117 del Grupo de la Minoría Catalana, la enmienda nº 339 del Grupo Socialista del Congreso, la enmienda nº 470 del Grupo Mixto y la enmienda nº 716 del Sr. Sancho Rof”.

1978. En la sesión celebrada el 19 de mayo de 1978⁹⁵⁵, se defendieron las enmiendas al actual artículo 18.4 CE.

Así, destaca la intervención del diputado Sr. Sancho Rof - enmienda 716 en la que interesa la supresión del artículo 18.4 por entenderlo subsumido como parte del 18.1-, que defendió su enmienda con el siguiente alegato: “La enmienda presentada a este apartado 4, proponiendo su supresión, realmente es más de forma que de fondo. Entiendo que la Constitución que estamos haciendo debe ser una Constitución duradera y se corre el peligro en este momento de que la informática se use en ella de forma desmesurada para aportación de datos, etc. Pero sucede que en el futuro puede haber otros medios; la informática es sólo un medio técnico y entiendo, con sinceridad, que la expresión del apartado 1 de «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» es una garantía en la forma de actuación, en el uso de los medios y en la utilización de la técnica, así que no entiendo por qué hay que hacer una mención expresa a la informática y no a otra serie de técnicas o medios que también pueden ir contra la intimidad personal y familiar y contra el honor de los ciudadanos pues en ese sentido, sinceramente creo que el apartado 4 sobra, pues realmente en base al apartado 1 las leyes de desarrollo de la Constitución establecerán la garantía del honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen tanto frente a la informática como a cualquier otro medio técnico o cualquier conducta individual o colectiva. Entiendo, por lo tanto, que este apartado 4 sobra, porque lo que hace simplemente es ampliar a un aspecto muy concreto de una técnica de este momento lo que dice el punto 1, por lo cual proponemos la

⁹⁵⁵ https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, pp. 2526-2530

supresión”⁹⁵⁶. Tiene razón el Sr. Sancho Rof y parece lógica su postura, pero también lo es que el constituyente quiera enfatizar o recordar algo que le preocupa especialmente; es una apuesta política, pues no decir nada más es parecer no querer darle importancia. Hemos de insistir en que técnicamente es impecable, pero pensemos en tantas y tantas previsiones existentes a lo largo de la Constitución que fueron una preocupación del momento -que se busque el retorno a España de personas inmigrantes, los mismos derechos para hijos habidos fuera del matrimonio...-. Por tanto, el que su pretensión fuera la de una “Constitución duradera” no está reñido, ni mucho menos, con hacer hincapié en cuestiones relevantes, que preocupan, que pueden influir decisivamente en nuestras vidas –medios tecnológicos- y que un constituyente no puede presuponer, dar por hecho u obviar, sino que debe y quiere referirlo expresamente en el texto constitucional.

Por su parte, el Sr. Gastón Sanz retiró su enmienda 79 –“quería garantizar la intimidad personal y el honor de los ciudadanos frente a cualesquiera técnicas o procedimientos que pudieran dañarlo”- y la considera subsumida en la del grupo mixto –que es la única que recoge la referencia a los datos personales- y que como bien refiere el propio Gastón, son distintas. Al respecto, señala que la enmienda del “Grupo Mixto no pretende otra cosa que dar una explicación un poco más larga a la cuestión de la informática; lo único que dice es que «la ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en los archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional», es decir, en lugar de utilizar la palabra «informática» se trata simplemente de dar una

⁹⁵⁶ https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2526

explicación acerca del alcance de ella”⁹⁵⁷. Creo que era mucho mejor la justificación que acompañaba a la enmienda 470 del grupo mixto que la defensa que el Sr. Gastón realiza de ella en el debate. Era, como hemos dicho, la única enmienda que parecía hacer un guiño a la legislación europea sobre protección de datos, muy tímidamente eso sí; pero tras el debate, la enmienda pierde valor, ya que la informática es algo más amplio que la protección de los datos. Ha de señalarse que nuestros diputados tenían la referencia del concepto de informática que contenía el Decreto de la Presidencia del Gobierno, Decreto 2280/1970, de 12 de septiembre⁹⁵⁸, cuyo artículo primero definía la informática como el “conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de proceso de datos...”; pero a pesar de ello parece no comprenderse el concepto, lo que nos hace reiterarnos en la idea de que muchos de nuestros parlamentarios parecen, en cierto modo, perdidos en esta cuestión tan relevante.

El Sr. Roca Junyent, por Minoría Catalana, defendió la enmienda 117 –el actual texto del artículo 18.4 CE– con la siguiente argumentación: “esta enmienda se mantiene por entender que añade o incorpora al texto de la ponencia lo que es la expresión más definidora de la garantía ante el uso indebido que podía hacerse de la informática. Como todos los señores diputados conocen, es evidente que la informática está planteando problemas graves en los países más desarrollados de interferencias e injerencias en la libertad del ciudadano, hasta el punto, por ejemplo, de que está siendo en los Estados Unidos uno de los temas más controvertidos en la práctica diaria en relación con los derechos de los ciudadanos; allí son conocidas actuaciones en el orden de la libertad de asociación, de reunión, de gestión y de iniciativa

⁹⁵⁷ https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2527

⁹⁵⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/1970/10/10/pdfs/A16662-16663.pdf>

económica, libertades que se han visto todas ellas dañadas por el uso indebido de la informática generalizada. Por esto nos parece que cuando la ponencia limita este uso a los daños que puedan producirse al honor, a la intimidad personal y familiar, se queda simplemente en una reflexión parcial de los problemas, porque lo realmente grave aparece cuando esta información que puede dañar al honor incide en el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, es decir, cuando un ciudadano, por ejemplo, deseando constituir una asociación o promocionar una reunión, o bien practicar una actividad económica, encuentra que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de sus derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos. Por esta razón, expuesta muy brevemente para no cansar la atención de SS.SS., es por la que nosotros insistimos en nuestra enmienda, que fundamentalmente supone el incorporar entre los límites de la informática el de que se garantice el pleno ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos”.⁹⁵⁹ El Sr. Roca parece entender el concepto de informática, aunque en un momento de su intervención vuelve a identificar, de una forma un tanto errónea, informática con información, como si fueran sinónimos, lo que puede ser una simple confusión, y no tanto un error de conceptos. Pero lo realmente interesante y sorprendente de esta enmienda es que, aunque incluyen la referencia a la informática en el artículo 18 CE, pretenden la protección de todos los derechos, no sólo del honor y la intimidad, lo que supone, en nuestra opinión, un punto de inflexión en las posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica y contenido de nuestro derecho a la protección de

⁹⁵⁹ Idem

datos. Posturas que oscilan, principalmente, entre aquéllas que lo identifican con la intimidad y las que defienden el concepto de libertad informática o autodeterminación informativa, pero siempre ligado al concepto de intimidad; no parecen prever que el contenido pueda incluir otros derechos fundamentales alejados del derecho a la intimidad. Se trata de un dato que no puede pasar desapercibido, pues es el único parlamentario que hace referencia a los problemas que la informática plantea en países como Estados Unidos; no obstante, se echa en falta en todas las enmiendas la referencia al derecho comparado, a la legislación europea que regula la protección de datos, el uso y *abuso* de la informática y los medios tecnológicos, así como a la pionera Constitución portuguesa.

Por otro lado, el Sr. Martín Toval -enmienda 339 que quería eliminar la referencia a los *ciudadanos*- interviene refiriendo que “el objeto de mi intervención, en nombre del grupo socialista de Cataluña, es poner de manifiesto la importancia social de lo que ciertamente es una técnica de intromisión o, si se quiere, de limitación posible de esa intimidad, de ese honor personal y familiar de los ciudadanos, pero que va más allá y que afecta a la plenitud del ejercicio de los derechos previstos constitucionalmente. Creo que un ejemplo será suficientemente ilustrativo sobre el tema: recuérdese el precedente del programa «safari» (es curioso el nombre que se le puso; debió ser por aquello de la caza), preparado por el ministerio del interior francés hace aproximadamente tres años, que pretendía el control personal de todos los ciudadanos a través del establecimiento de códigos con datos personales y familiares, estudios y calificaciones obtenidas, vida profesional, multas, sanciones, despidos, afiliación política y sindical, etc. como consecuencia del desarrollo de la informática, las posibilidades de establecer bancos de

datos en los que se establezca por parte de la administración un tipo de control de todos los ciudadanos en lo que se refiere a actividad sindical, reuniones, actividades políticas, ideología, etc, son realmente importantes. Hay que decir que este programa, después de una campaña de opinión muy extensa y polémica y de un amplio debate parlamentario, no pudo ser aplicado por el ministerio del interior, por el ejecutivo francés. El tema es muy importante. parece que estamos hablando de una técnica más, pero es una técnica cada vez con más incidencia en el ámbito de estos derechos individuales a que nos estamos refiriendo. Es evidente que existe una tendencia objetiva hacia la autorización creciente de la informática, penetrando en el dominio de lo que debe ser estrictamente la esfera de la privacidad de la independencia y de la libertad del ciudadano. Consideramos, por tanto, muy útil que en la constitución se hable sobre este tema y justamente en este precepto. Asimismo que se establezca una cláusula de garantías de protección de esos derechos; que se incluya ya en el texto de la ponencia, pero también con referencia específica a la plenitud del ejercicio de todos los demás derechos reconocidos a la persona en la constitución. De ahí que en este punto entendamos que la enmienda presentada por la minoría catalana permite integrar y clarificar esa cláusula de garantías haciendo referencia como tal no sólo a los aspectos concretos a que se refiere el apartado 1 de este artículo, sino a aquellos derechos reconocidos a la persona en la constitución. Por ello, sin intentar en absoluto estar en contra de la nueva tecnología que significa la informática, que reviste caracteres progresivos en el marco de lo que se ha dado en llamar la revolución científico-técnica, consideramos que es obvia la necesidad de establecer cláusulas de garantías; es más, cláusulas de control de la utilización de esta técnica por parte del Estado. Téngase en cuenta que es una técnica

que proporciona una capacidad de control creciente sobre las vidas y circunstancias de los individuos y, por el contrario -esto hay que reconocerlo a la vista de la práctica existente en el derecho comparado-, es muy difícil que exista una auténtica capacidad de control sobre esa creciente capacidad de control que es el uso de la informática en manos del ejecutivo. Por todo ello, señor presidente, mi grupo votará favorablemente todo aquello que signifique incluir limitaciones de la informática en la constitución, y muy particularmente el texto propuesto en la enmienda de la minoría catalana”⁹⁶⁰. Ha de destacarse que durante su intervención parece referirse a los *datos*, pero sobre todo son de relevancia dos cuestiones: la de establecer los límites al uso de la informática, sobre todo frente al Estado, lo que supone alinearse con la legislación europea que ya trata del control de los datos frente a la intervención de las autoridades y administraciones públicas; y, por otro lado, no parece que quiera limitar el uso de la informática para proteger sólo la intimidad y el honor, aunque no haya una referencia expresa a ello, pudiendo deducirse de toda su intervención y de su postulación a favor de la enmienda de Minoría Catalana.

El Sr. Solé Tura manifiesta la adhesión de su grupo a la enmienda de Minoría Catalana por las razones esgrimidas por el Sr. Martín Toval y por las que relata a continuación con el siguiente alegato “pretendemos que esta constitución dure, que sea una constitución que mire hacia el futuro, y cuyo efecto uno de los factores decisivos es prever los cambios técnicos que pueden afectar al ejercicio de las libertades. Creemos que el tema de la informática es fundamental, aunque hoy sólo se encuentre en los inicios. Por eso debemos dar una referencia explícita que no sólo atienda a la defensa del honor, de la intimidad personal, que son

⁹⁶⁰ https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2528

fundamentales, sino también al pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la constitución. Se trata de establecer garantías de control de los controladores”⁹⁶¹. En este caso sí hay conciencia de los riesgos que entraña la informática, siendo muy expresiva la referencia al establecimiento de límites y controles a quienes *controlan* los medios tecnológicos. Pero igualmente relevante es que abogan por la protección de todos los derechos y libertades.

Por otro lado, se retiraron las enmiendas efectuadas por el grupo de Alianza Popular, que sólo hizo uso de la palabra en este sentido. Y se retiraron también las enmiendas del Sr. Gastón Sanz y del Grupo mixto, uniéndose “a efectos de voto” a la de Minoría Catalana⁹⁶². Al respecto, el Sr. Pérez-Llorca Rodrigo, en nombre de UCD señala que “el propósito que llevó a redactar la enmienda del señor Sancho Rof, como la enmienda 779 del grupo parlamentario UCD era un propósito de tipo técnico. Nos animaba el objetivo de descargar a la constitución de un precepto cuya adecuación, al transcurso del tiempo, podría crear problemas; pero dada la coincidencia que observamos, de tipo político, con los criterios que han sido expuestos y que nosotros coincidíamos plenamente con los problemas de fondo que se han expuesto y con las soluciones que alcanza, a nuestro juicio, su mayor perfección en la propuesta de la minoría catalana, nosotros retiramos en este momento nuestra enmienda 779 y estoy autorizado por el señor Sancho Rof para retirar la suya y nos sumaremos, por tanto, a la enmienda de la minoría catalana”⁹⁶³. No alcanzamos a comprender por qué se pensó que la introducción de la referencia a la informática podría generar futuros problemas. De todas formas resulta interesante que, salvo Alianza

⁹⁶¹ Ibidem, pp 2528-2529

⁹⁶² https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF, p. 2529

⁹⁶³ Idem

Popular que no manifestó que apoyaba el texto de Minoría Catalana, todos los demás grupos políticos –o quienes habían formulado enmiendas a título particular-, mostraron su apoyo en los debates a esa propuesta.

Finalmente, se aprobó por unanimidad la enmienda 117 de Minoría Catalana⁹⁶⁴ que rezaba “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. Y se aprueba el texto en el pleno del congreso, en la sesión celebrada el viernes, 7 de julio de 1978⁹⁶⁵. En el senado, no obstante, se introdujo una enmienda planteada por el Sr. Zaraga Burillo. Enmienda 262⁹⁶⁶, con la siguiente redacción: “*para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la ley limitará la utilización de la informática y otros procedimientos o técnicas que puedan atentar contra los citados derechos*”. No se trata de una enmienda novedosa, ya que reitera las formuladas en el congreso por el grupo mixto, enmiendas 79 y 470 que querían introducir en el texto la referencia a otros medios tecnológicos, y no sólo a la informática. Pero la enmienda fue rechazada y, por tanto, la redacción final del artículo 18.4 CE fue la introducida por Minoría Catalana.

IV. Protección de datos: el espíritu del 18.4 CE

Pone de relieve Pérez Luño que “La Constitución, al igual que cualquier otra norma jurídica, una vez promulgada se independiza de la voluntad de sus autores y adquiere sustantividad propia. De ahí, que la

⁹⁶⁴ Ibidem, p. 2530

⁹⁶⁵ https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_106.PDF, p. 4003

⁹⁶⁶ <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf>, p. 117

hermenéutica constitucional no deba quedarse en la razón instrumental o en la voluntad subjetiva del constituyente, sino que debe indagar todas las posibilidades que de una interpretación racional y sistemática puedan desprenderse del texto”⁹⁶⁷. Pero a pesar de ello, lo cierto es que respecto al artículo 18.4 CE la voluntad de los autores, el espíritu constituyente, consideramos que coincide con la interpretación sistemática que pudiéramos hacer del mismo y, en todo caso, creemos que va más allá del contenido dado por las predominantes posiciones doctrinales que basculan, esencialmente, entre las que abogan por conectarlo con el derecho a la intimidad y aquellas otras que lo ponen bajo la órbita de la libertad informática/autodeterminación informativa. Respecto a nuestra jurisprudencia constitucional, sus resoluciones, que requerirían de un amplio estudio, parecen alejadas del espíritu del constituyente e, incluso nos atreveríamos a decir, de la propia redacción literal del mismo. Así, aunque viene señalando que el derecho a la protección de datos es distinto de la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE⁹⁶⁸, tampoco lo concibe expresamente como una garantía en la protección de otros derechos, más allá de los regulados en el artículo 18 CE.

Tras el examen del trabajo efectuado por nuestros primeros parlamentarios, podemos concluir que sus enmiendas y, sobre todo los debates parlamentarios en el congreso, nos conducen a la auténtica naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos. Nos hemos encontrado con parlamentarios y grupos políticos que, como referíamos al comienzo, unos han sido visionarios, otros prudentes y otros desconocedores respecto a la importancia de realizar una regulación concreta del uso de los medios tecnológicos en la protección de los derechos fundamentales.

⁹⁶⁷ PÉREZ LUÑO (1988: 46)

⁹⁶⁸ STC 292/2000, FJ 6

Desde la perspectiva actual de nuestro derecho a la protección de datos, las posiciones en los debates parlamentarios giraron, en resumidas cuentas, en torno a tres grandes posturas: 1) Quienes no lograron ver la importancia, la gran relevancia que tendría la informática en la futura protección de nuestros derechos, y que consideraron innecesaria la referencia a ella, toda vez que ya se garantizaba el honor y la intimidad en el artículo 18.1 CE; por tanto, limitando el contenido del 18.4 a esos derechos. 2) Los que pretendieron la inclusión en el precepto, no sólo de la informática, sino de cualquier medio tecnológico; pero no obstante con confusiones de base sobre el propio concepto de informática a pesar de la extensa normativa en derecho comparado. 3) Y la postura, que finalmente se plasmó en nuestra Constitución, que no sólo incluye la referencia a la informática en el artículo 18 CE, sino que postula –y así se recoge en el texto- la protección de todos los derechos, no sólo del honor y la intimidad; toda una mirada presciente que quizás no reflejaron con una precisa técnica legislativa, con la que hubieran evitado el complejo debate doctrinal sobre el contenido del derecho fundamental a la protección de datos.

Nuestros parlamentarios se encontraron con una problemática, o sintieron ciertas intuiciones, que se les quedaron grandes para la época – a pesar de toda la legislación existente sobre la materia-, en buena medida porque, posiblemente, pudo pesar más la rapidez con que tenían que elaborar la Constitución, intentando evitar debates que pudieran bloquear el tránsito a la democracia. En todo caso, es indudable que la propia redacción literal del artículo 18.4 y el examen crítico de los debates constituyentes, nos permiten concluir que el derecho a la protección de datos no debe limitarse a los derechos expresamente

citados en él, acomodándonos mejor de esta forma al espíritu constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GÁLVEZ, I. “Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles”. *Revista de Humanidades de Valparaíso*, año 2, segundo semestre, n° 4. 2014

ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Manual de Derecho Constitucional*. 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2019

APARICIO SALOM, J. *Estudio sobre la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009

ARENAS RAMIRO, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

ASPAS ASPAS, J.M. “El derecho a la autodeterminación informativa en la ley portuguesa de protección de datos de 1991. Sujetos, contenido y garantías”. *Informática y Derecho*. Dialnet, Madrid, 1994

BALLESTER CARDELL, M. *La intimidación como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*. Assaigs jurídics, Palma, 1998

BRAGE CAMEZANO, J. “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista española de Derecho Constitucional* n° 74, Madrid, 2005

CREVILLÉN SÁNCHEZ, C. *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Actualidad Editorial, Madrid, 1995

HEREDERO, M. Traducción de la Ley austriaca de 18 de octubre de 1978 de protección de datos personalizados.

<https://1library.co/document/qv14n4ly-austriaca-octubre-proteccion-datos-personalizados-presentacion-traduccion-heredero.html>

LUCAS-MURILLO DE LA CUEVA, P. *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos. Madrid, 1990

LUCAS-MURILLO DE LA CUEVA, P. “La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa”. *Revista digital: Datospersonales.org*. Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, n.º 1, 2003

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1988

PÉREZ LUÑO, A. E. “Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución española”. *Revista de estudios políticos*, nº 24, Madrid, 1988

SALDAÑA DÍAZ, M.N. “The Right to Privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”. *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 85, Madrid, Septiembre-Diciembre 2012

SERRANO PÉREZ, M. M. “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 1, 2005

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 71, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, enero-marzo 1991

TÜRK, A. “La ley francesa de protección de datos de carácter personal”.
*Curso de verano: Hacia un nuevo Reglamento de la Ley Orgánica de
Protección de datos*, Santander, 2005

WARREN, S.D. y BRANDEIS, L. “The Right to Privacy”, *Harvard
Law Review Articles*, Vol. IV, nº 5, 15 de diciembre de 1890

JURISPRUDENCIA

Sentencia Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio

Sentencia Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo

Sentencia Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio

Sentencia Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril

Sentencia Tribunal Constitucional 96/2012, de 7 de mayo

Sentencia Tribunal Constitucional 58/2018, de 4 de junio

Sentencia Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero

URL

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm>

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.P

DF

[https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.
pdf](https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf)

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.P

DF

[https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_com.ht
m](https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_com.htm)

https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.P

DF

[https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_pleno.](https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_pleno)

htm

3. Capítulo de libro: ORTS RODRÍGUEZ, A., “La -de-limitación del derecho de defensa en una justicia digitalizada”, en TUR AUSINA, R. (coord.), *El constitucionalismo ante la digitalización de la realidad social, Cuadernos digitales. Derecho y nuevas tecnologías*, n.º 9, Aranzadi, Madrid, 2024. ISBN 978-84-1162-151-9.

Se transcribe a continuación:

LA -DE-LIMITACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN UNA JUSTICIA DIGITALIZADA

ANA ORTS RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Constitucional, UMH de Elche

SUMARIO: I. El derecho de defensa en el espacio digital. II. El alcance de la crítica a la justicia. 1. Confluencia de la justicia con la digitalización de la sociedad. 2. La interpretación de *lo digital* en el primer escalón judicial. III. El Tribunal Supremo ante los retos de un derecho de defensa digitalizado. 1. Delimitación del derecho frente a la crítica judicial digital. 2. (In)aplicación de la doctrina constitucional relativa a la sociedad digital. IV. A modo de conclusión: necesidad de una (re)adaptación de la justicia al mundo digital. V. Referencias. 1. Bibliografía. 2. Jurisprudencia.

I. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL ESPACIO DIGITAL

La administración de justicia no es ajena al proceso de digitalización que está experimentando la sociedad; está sumida en un proceso de transformación digital que afecta a todos los que intervienen en ella pero que, en su caso, y respecto de otras administraciones públicas, tiene un plus añadido de afectación directa sobre derechos fundamentales. En este sentido no hemos de olvidar la *«interdependencia, genética y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derechos»* (Pérez Luño, 1988, 19).

Esa colisión de derechos se produce tanto de manera directa⁹⁶⁹ – comienzan a utilizarse sistemas de grabación de prueba que facilitan el trabajo de todos los operadores jurídicos pero que, en ocasiones, podrían restringir el derecho de defensa del investigado–; como de manera indirecta –a la que nos referiremos en este artículo– cuando se utilizan los medios digitales como amplificador de lo que ocurre dentro de los tribunales –adopte o no forma de crítica–, haciendo partícipe a toda la sociedad de aquello que, en principio, debe quedar en un ámbito restringido mientras se sustancian los procedimientos, evitando así un doble juicio y una posible interferencia en la imparcialidad de los tribunales.

⁹⁶⁹ Vid. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Art. 1.1 *«La presente Ley regula la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia...»*. Vid. Proyecto de Ley de Eficiencia digital en la Administración de Justicia.

En este contexto de profunda digitalización de la sociedad en general a la que, como hemos puesto de manifiesto, no resulta ajena –como no podría ser de otro modo– la administración de justicia, nos encontramos con una novedosa sentencia del Tribunal Supremo –que recoge doctrina del TEDH– en materia de *-de-* limitación del derecho de defensa de los letrados ante el uso de los medios digitales como plataforma para su ejercicio fuera de ellos. Por tanto, nos encontramos con un derecho de defensa que, en principio, va más allá de los Tribunales, que se ejerce en el espacio digital.

En esta materia es relevante la sentencia –cuyo análisis pretendemos– dictada por la sala 1ª del Tribunal Supremo –STS, Sala 1ª, nº 554/2022, de 15 de febrero– que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por un letrado frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que confirma su condena solidaria –junto a la mercantil propietaria del medio digital– a indemnizar a la magistrada demandante por vulneración del derecho al honor a raíz de un artículo publicado por el letrado en un periódico digital.

La cuestión básica que subyace en la STS, así como en las de primera y segunda instancia, es la colisión entre dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión –ejercida por un letrado en el ejercicio de su derecho de defensa, criticando públicamente a un juez a través de un periódico digital– y el derecho al honor de la magistrada. Por tanto, se discute/resuelve sobre el contenido y límites de ambos derechos y sobre si el derecho al honor⁹⁷⁰ ha resultado o no

⁹⁷⁰ No podemos olvidar la íntima conexión del presente tema con el derecho fundamental a la protección de datos y, en este sentido, *vid.* STC, sala 1ª, 58/2018, de 4 de junio, FJ 5º «*la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona*».

vulnerado con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o, por el contrario, como señala el letrado, forma parte de otro derecho fundamental como es el derecho de defensa.

Pero dentro de esta *-de-* limitación del derecho fundamental de defensa ante el uso de medios digitales externos a la Administración de Justicia, otra cuestión importante –a la que hace referencia el Alto Tribunal– son los parámetros para la determinación de la indemnización por vulneración del derecho al honor dependiendo de factores diversos y, entre ellos, que el derecho de defensa se haya ejercido utilizando un medio digital.

Al hilo de lo expuesto, se plantean multitud de cuestiones en torno al nexo de unión entre la justicia en general –derecho de defensa en particular– y *lo digital*; ¿realmente hay un ejercicio efectivo de derechos fundamentales fuera del espacio físico de los Tribunales?; ¿los jueces ordinarios *viven* en lo digital, dictan sentencias realmente efectivas en ese espacio digital?; ¿interpretan, como operadores jurídicos que son, las normas/derechos fundamentales con la trascendencia digital que nuestra realidad requiere?... La respuesta a estas cuestiones debería ser –sin lugar a dudas– afirmativa, porque nuestra *justicia* –sobre todo la ordinaria– lo necesita; debe cumplir con las dos funciones principales que ostenta y, sobre todo, con la de «*ejecutar lo juzgado*»⁹⁷¹ haciéndolo con la amplitud necesaria para que lo juzgado no se limite a una realidad –que sin lo digital– ya no es el cauce adecuado para la resolución de conflictos entre particulares; conflictos que afectan –como en el supuesto que vamos a analizar– a derechos fundamentales tan importantes como

⁹⁷¹ Vid. art. 117.3 CE «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*».

el derecho de defensa de los letrados y el derecho al honor –de magistrados–. Por cierto, un derecho al honor que intuimos más próximo al derecho a la protección de datos –entendido en un sentido más amplio que el actualmente otorgado por la doctrina mayoritaria o jurisprudencia–.

No podemos entrar a examinar el alcance de las resoluciones judiciales –indirectamente afectadas por la vinculación de *lo digital* con la Administración de Justicia–, sin antes destacar la trascendencia que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema, toda vez que de esto trata este trabajo –colisión de derechos en un ámbito digital–. Así, entre otros, Solozábal Echevarría destaca que son «*condición misma de la democracia, que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales*» (Solozábal Echevarría, 1991, 88).

II. EL ALCANCE DE LA CRÍTICA A LA JUSTICIA

1. Confluencia de la justicia con la digitalización de la sociedad

Lo digital influye de manera indirecta –como ya hemos expuesto– en la justicia; se da una confluencia entre dos mundos, el de la justicia –un poder del Estado que se adapta lentamente a lo digital– y el de la sociedad –que la necesita para resolver sus conflictos interpersonales– que, a su vez, avanza hacia lo digital de manera insoslayable.

En este contexto –*a priori* en colisión más que en confluencia– cobra relevancia la referida STS y a cuyo *iter procedimental* es necesario referirse para poder responder a las preguntas que nos hemos planteado

con anterioridad y que conforman esta relación entre el derecho de defensa y el mundo digital –o entre la justicia y la digitalización de la sociedad–. Así, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia – el 15/03/2019⁹⁷²– y contra ella se interpuso recurso de apelación que fue resuelto por sentencia dictada por la Audiencia Provincial, sección 1ª, el 16 de julio. Frente a esta última se interpuso recurso de casación que finalizó con estimación parcial del mismo mediante la sentencia del TS que es de interés en el tema tratado –la *-de-* limitación del derecho fundamental a la defensa en un mundo donde *lo digital* forma parte de nuestra cotidianidad–.

No obstante, lo que resulta fundamental es concretar los antecedentes del caso, el alcance de la crítica a la justicia –en la figura de una magistrada– realizada en la esfera digital y, por tanto, con una evidente repercusión –mucho mayor– que cuando ésta se vertía –y lo hacía/sigue haciendo– en periódicos tradicionales o, incluso, en la televisión – medios, que sin dejar de ser relevantes, ahora suponen un menor altavoz que cuando la crítica a la justicia se produce en una red social/periódico digital, con la posibilidad de *infinitos retuiteos*–. Y, así, en el inicio de este procedimiento, cobra principal interés un Auto que dicta el Tribunal Superior de Justicia–Sala de vacaciones– y cuya ponente es la magistrada que después será objeto de críticas fuera del ámbito judicial, en un periódico digital y por un letrado que alega estar ejerciendo su derecho de defensa. El citado auto –que desestima la petición de una asociación protectora del arruí, relacionada con el letrado que después es demandado por la magistrada–, no habilita el mes de agosto, ni adopta

⁹⁷² A lo largo del presente trabajo se utilizan –de manera literal o parafraseada– contenidos/expresiones extraídas de la STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero. No obstante, las literales se entrecomillan con nota al pie de página.

ninguna de las medidas cautelares interesadas por la asociación sin audiencia del demandado, tramitando el procedimiento por los cauces normales al considerar no acreditados los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Lec)⁹⁷³ para las peticiones interesadas; en concreto, que no se producirá ningún daño irreparable por seguir el cauce no excepcional, toda vez que la solicitud de suspensión se refiere a medidas que entraron en vigor hace aproximadamente siete meses, lo que denota la no concurrencia de los requisitos procesales para la adopción de las medidas interesadas *inaudita parte*.

Como consecuencia de este auto del TSJ, el letrado escribe dos artículos en un periódico digital –propiedad de una mercantil–, siendo el título del primero «*La masacre arruí: jueces respaldan el exterminio*»⁹⁷⁴; cuyo antetítulo es «*El juez puede hacer lo que le dé la gana porque no responde de sus actos*»⁹⁷⁵. Es importante hacer hincapié en que el letrado que suscribe estos artículos considera que está ejerciendo su derecho de defensa –si bien fuera del ámbito judicial, ante una resolución que él considera de todo punto injusta–. El Alto Tribunal –como después veremos– se refiere sólo a la libertad de expresión de los letrados como parte de su derecho fundamental a la defensa –no alude al derecho de defensa como parte del contenido del derecho fundamental al honor de la magistrada–.

⁹⁷³ Vid. art. 733.2 Lec «*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado*».

⁹⁷⁴ STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero.

⁹⁷⁵ Todas las comillas posteriores –hasta el pie de página 9– son extraídas de la STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero.

Es importante destacar parte del texto de este primer artículo publicado por el letrado –el segundo no tiene relevancia jurídica en el presente trabajo– y en el que se contienen las siguientes frases y expresiones⁹⁷⁶: «*Psicoanálisis de una decisión hartamente retorcida*», «*LOS JUECES DE LA OPRESIÓN*», «*¿quiénes son los jueces autores ...de la matanza de arruís?*», «*...magistrada de lo contencioso y al parecer ponente del caso lo que le convierte en la "cerebro" de la decisión, quien se estudia los documentos y propone a sus compañeros una resolución que generalmente tiende a aceptarse por los demás aplicándose el hoy por mí y mañana por tí y esta es mi ponencia y mañana será la tuya*», «*Habría que investigar una por una las ponencias de...(y a lo mejor alguien se toma este trabajo en el futuro) para ver cuantas de forma sorpresiva favorecen a las administraciones dirigidas por ..., porque eso sería un modo de ganar puntos para obtener cargos políticos*», «*¿buscaba ...ganar puntos para su carrera "política" y poder en la próxima renovación conseguir el cargo al que aspira de Presidenta de la Sala que otro magistrado con más méritos y perfil de buen juez que ella ocupa? Pues apuesto a que sí*», «*Tal vez el destino indujo a estos tres jueces a cometer tan grave yerro porque cuando los dioses quieren acabar con alguien...ponen pensamientos erróneos en sus cabezas*». A partir de estos artículos publicados en un medio digital se inicia el *iter* que conduce a la STS que resuelve algunas cuestiones sobre la relevancia de *lo digital* –entendido en el sentido de digitalización externa– y el derecho de defensa de los letrados ejercido fuera del ámbito judicial, pero con ocasión de él.

⁹⁷⁶ Las expresiones transcritas son las literales que se recogen en la sentencia –intercalando mayúsculas, minúsculas, errores ortográficos...– y que son las que escribe el letrado en el periódico digital. Vid. STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero, en concreto, el FJ 1, punto v) que contiene el texto íntegro del artículo publicado por el letrado y que tiene una extensión de varias páginas.

2. La interpretación de *lo digital* en el primer escalón judicial

En la *-de-* limitación del derecho de defensa cobra sumo interés cómo está actuando la justicia *de base* –el primer escalón judicial– ante *lo digital*; y ello porque los jueces de primera instancia juegan un papel relevante en la justicia, son quienes primero dan respuesta a los conflictos de los ciudadanos y, en ocasiones, la última –o casi última– respuesta.

Así, el procedimiento se inicia con una demanda de juicio ordinario formulada por la magistrada del TSJ por entender vulnerado su derecho al honor con la publicación de los artículos reseñados en un periódico digital; siguiéndose los trámites del juicio ordinario⁹⁷⁷, vía necesaria que, en el presente caso, nos conduce en último término a la sentencia del Tribunal Supremo, sin que se llegase a utilizar la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La demanda se dirige frente al letrado y al titular del medio digital en el que se publican los artículos que la magistrada considera que han vulnerado su derecho al honor –art. 18.1 CE–. Debemos destacar, por la relevancia que luego adquiere, que la parte actora interesaba la condena de los demandados a indemnizarla solidariamente con una determinada

⁹⁷⁷ Vid. Art. 249.1 2º Lec que establece «1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: 2º Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente».

cantidad y a la publicación íntegra de la sentencia condenatoria en el mismo medio digital. La forma de publicación de la sentencia –en el supuesto de que llegue a ser condenatoria– es lo que acerca o aleja a la justicia de una sociedad digitalizada. Su publicación a través de los adecuados cauces digitales supone la auténtica reparación; no obstante, ello conlleva que los Tribunales tengan un verdadero conocimiento de las implicaciones de *lo digital* en los derechos fundamentales.

En este contexto, el Juzgado de Primera Instancia, el 15/03/2019, dicta sentencia estimando parcialmente la demanda al considerar que el primer artículo publicado por el letrado en el periódico digital vulneró el derecho al honor de la magistrada y condena solidariamente a los demandados a indemnizarla en una determinada cantidad –inferior a la solicitada–, así como a la publicación íntegra de la sentencia en el periódico digital por el mismo tiempo que el artículo se mantuvo en la web. Esta primera resolución –de la justicia *de base*, como la hemos llamado en el sentido de ser quienes primero conocen/resuelven conflictos; fundamentales en un sistema democrático– ya nos da una visión de lo alejada que está la justicia de la realidad digital. Es cierto que esta primera sentencia contiene una fundamentación jurídica en la que señala –aplicando la doctrina constitucional– que las críticas del letrado no forman parte de su derecho a la libertad de expresión; sin embargo, la condena a la publicación de la sentencia en el mismo medio es –cuanto menos– insuficiente para la reparación de un derecho al honor que ha sido vulnerado en un medio digital, con todo lo que ello conlleva de amplificación de la noticia –toda vez que no se trata sólo del ámbito, más o menos amplio, al que se pueda dirigir el medio digital en cuestión, sino que la noticia puede haber sido retuiteada cientos de veces, compartida en grupos de whatsapp, en otras redes sociales...–.

¿Es ésta una interpretación adecuada de la normativa existente por parte del primer escalón judicial?

Frente a esta sentencia de primera instancia, se interpuso recurso de apelación y la Sección 1ª de la Audiencia Provincial dictó sentencia, en fecha 16/07/2020, en la que desestimó el recurso de apelación del propietario del medio digital, así como la impugnación de la actora que solicitaba una mayor indemnización y estimó parcialmente el recurso de apelación del letrado codemandado sólo sobre el extremo de los intereses a pagar, que no tiene relevancia en nuestro análisis. La sentencia consideró probado que sólo el primer artículo publicado –cuyas frases más relevantes hemos expuesto– vulneraba el derecho al honor de la magistrada demandante, que debía ser indemnizada en la cantidad fijada por el Juzgado de Primera Instancia, con intereses desde la fecha de la sentencia, así como que debía publicarse la sentencia condenatoria en el mismo medio digital durante el mismo periodo que el artículo había permanecido en la web. Es de destacar –de la fundamentación jurídica de esta sentencia– que considera responsables solidarios al letrado y a la empresa propietaria del periódico digital pero, sobre todo, que fija el contenido del derecho fundamental al honor señalando que ampara –ampliamente– la crítica a los poderes públicos –jurídica o informativa–, que permite expresar opiniones personales pero, en ningún caso ampara la imputación de delitos, ni expresiones claramente difamatorias⁹⁷⁸. Por tanto, aplica la doctrina constitucional sobre el contenido de este derecho fundamental al honor; no obstante, nada relevante expone sobre la importancia de su lesión mediante un medio digital.

⁹⁷⁸ STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero.

Ante estas resoluciones del primer escalón judicial –primera instancia y apelación–, no podemos más que evidenciar la falta de interés por *lo digital*. *Lo digital* no es sólo la utilización directa de medios electrónicos para la mejora de la Administración de Justicia y que pueden influir en el derecho de defensa –tema que nos suscita gran interés, pero que no es objeto de tratamiento en este artículo–, sino que también es que la justicia –los Tribunales– apliquen/interpreten las normas teniendo en cuenta la realidad social actual, de amplificación de cualquier crítica cuando ésta se efectúa a través de un medio digital. No creo que la justicia se pueda permitir no comprender el verdadero alcance de la digitalización de la sociedad; no puede ser como una *realidad paralela*, toda vez que –quienes la conforman– viven en esta sociedad, utilizan medios electrónicos –en mayor o menor medida– y son el primer escalón que tiene el ciudadano para sentirse *verdaderamente*- resarcido ante la vulneración de un derecho fundamental.

III. EL TRIBUNAL SUPREMO ANTE LOS RETOS DE UN DERECHO DE DEFENSA DIGITALIZADO⁹⁷⁹

1. Delimitación del derecho frente a la crítica judicial *digital*

Observamos como los Tribunales del primer escalón judicial aplican –como no puede ser de otro modo– la jurisprudencia constitucional en la determinación del contenido/ponderación de los derechos en juego –a

⁹⁷⁹ Se incluyen citas literales y parafraseado, en aras de una mayor comprensión, de la STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero.

priori, derecho a la libertad de expresión del letrado y derecho al honor de una magistrada–, pero no profundizan en las implicaciones que comporta que la crítica a la justicia se vierta en medios digitales – perdiendo una gran oportunidad–. Ante ello, cabe preguntarnos si el TS sigue esta misma línea o se adentra en la interrelación entre justicia y sociedad digitalizada.

Hemos de conocer en primer término –para poder concretar posteriormente el contenido de los derechos en juego– cuáles fueron las alegaciones efectuadas por el letrado demandado en la interposición del recurso de casación. Así alegó–respecto de la SAP– la vulneración del artículo 20.1 a) CE, derecho a la libertad de expresión; señalando textualmente⁹⁸⁰ en su recurso de casación que *«La sentencia ATACA o se vuelve contra el SENTIDO LÓGICO DE LA HUMANIDAD y me condena por USAR LA RAZÓN y relacionar su auto... con el hecho de que ella ha salido a la plaza pública la actora (sic) mostrando que ASPIRA A GOBERNAR SU SALA para lo que necesita, no el voto de un colegio de santos jueces ajenos a todo interés e influencia, SINO LOS VOTOS ... EN EL CGPJ y me dice que eso era atribuirle falta de independencia y falta de imparcialidad»*⁹⁸¹. Como segundo motivo el letrado alegó la infracción del art. 9.3⁹⁸² LO 1/1982, de 5 de mayo de

⁹⁸⁰ Las expresiones transcritas son las literales que se recogen en la sentencia – intercalando mayúsculas y minúsculas, errores ortográficos...– y que son las que constan en el recurso de casación interpuesto por el letrado. Vid. STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero, en concreto, el FJ 14, que recoge el texto íntegro de este primer motivo del recurso de casación. A mayor abundamiento, el TS, en el FJ 15, afirma al respecto de este motivo que *«La argumentación que desarrolla la infracción denunciada... carece del contenido jurídico exigible en un recurso de casación»*.

⁹⁸¹ STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero, FJ 14.

⁹⁸² Vid. el citado artículo que dispone *«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad*

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en relación con la interpretación dada al mismo por la sentencia 551/2017, de 5 de octubre 2017, toda vez que la sentencia no ha realizado una *«aplicación razonada de los parámetros que el citado precepto establece para la cuantificación de la indemnización, concretamente de la escasa difusión del diario digital en que se publicó el artículo»*⁹⁸³.

Respecto a este primer motivo del recurso de casación alegado por el letrado – vulneración del derecho a la libertad de expresión–, el TS, en lo que nos resulta relevante, fija el contenido de los derechos en juego, señalando que la cuestión básica que subyace en este recurso es el conflicto entre dos derechos fundamentales, honor⁹⁸⁴ y libertad de expresión –en el sentido de crítica a la administración de justicia, representada por la crítica a uno de sus jueces–. Fundamental, en este sentido, es la referencia del TS a una STEDH⁹⁸⁵ que afirma que *«los tribunales... deben estar protegidos frente a ataques destructivos carentes de fundamento»*⁹⁸⁶, pero no se pueden prohibir las críticas fundadas. Y, de este modo, el TS –aplicando la doctrina del TEDH, del TC y su propia doctrina sobre la colisión del derecho al honor de los jueces y la libertad de expresión de los letrados– procede a concretar/determinar los derechos en juego, afirmando que los letrados pueden criticar la actuación de los jueces cuando están ejerciendo funciones jurisdiccionales y, a mayor abundamiento, que esa crítica se ve

de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

⁹⁸³ STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero, FJ 17.

⁹⁸⁴ Vid. BALAGUER CALLEJÓN (1992, 41), que señala respecto al derecho al honor que puede hacer referencia a *«aspectos externos o internos, pero deben lesionar la dignidad personal»*.

⁹⁸⁵ Vid. STEDH, de 9 de marzo de 2021, asunto A./B. c. España.

⁹⁸⁶ STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero, FJ 15.

reforzada cuando encuadramos el derecho a la libertad de expresión del letrado dentro del ejercicio de otro derecho fundamental como es el derecho de defensa del letrado en un procedimiento judicial. No obstante, en el presente caso su protección es menor, toda vez que se ejerce el derecho a la libertad de expresión fuera del ámbito judicial, en un periódico digital.

De este modo, el derecho a la libertad de expresión de los letrados se encuentra reforzado –según el TS– si ejercieran el mismo en el ámbito judicial, formando parte –en este caso– de su derecho de defensa; un derecho de defensa que les permite verter críticas a los jueces, realmente –tal y como señala la doctrina consolidada del TS, TC y TEDH– críticas a quienes ejercen funciones públicas; y dichas críticas pueden ser más severas precisamente por ejercer estas funciones; no obstante, siempre con el límite del art. 10.2 CEDH⁹⁸⁷, garantizando con ello la imparcialidad del poder judicial. A mayor abundamiento, la crítica judicial tiene que tener una base fáctica sólida, sin exigir la veracidad y – como ya es sobradamente conocido– no admitiéndose en ningún caso expresiones injuriosas⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ Vid. Art. 10 CEDH que señala «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

⁹⁸⁸ El TS concreta, por tanto, el contenido de los derechos en juego –reiterando su propia doctrina, del TC y TEDH– y desestima este primer motivo del recurso de casación interpuesto por el letrado por considerar acreditada la vulneración del derecho

El Tribunal Supremo, que desestimó este primer motivo del recurso de casación analizado, concreta el contenido del derecho al honor y a la libertad de expresión –que se ve reforzada cuando forma parte del derecho fundamental de defensa–; sin embargo, el Tribunal pierde –de momento– la oportunidad de fijar su verdadero contenido actual –ya expuesto por el TC, en los términos que diremos– anudándolo a *lo digital*, sirviendo como medio para la ponderación de derechos fundamentales que se ejercen utilizando medios digitales; en este caso, para determinar el contenido del derecho de defensa/libertad de expresión de los letrados y el derecho al honor –concretado en la crítica judicial digital, ejercida fuera del ámbito judicial–.

Centrándonos en el segundo motivo del recurso de casación alegado por el letrado recurrente –infracción del art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, por no imponer menor indemnización por la escasa difusión del artículo–, el TS estimó parcialmente el mismo, resultando interesante los parámetros que utiliza para ello. Así, en la fijación de la indemnización señala que debe tenerse en cuenta: (1) La difusión o audiencia del periódico digital (art. 9.3 LO)⁹⁸⁹ y (2) conforme a la jurisprudencia del TEDH –a raíz del art. 10 CEDH–, la indemnización no puede tener un

al honor de la juez demandante, toda vez que la crítica efectuada por el letrado no está amparada por el contenido de su derecho a la libertad de expresión en el sentido expuesto. El letrado efectuó acusaciones sin base fáctica adecuada; insinuaciones de parcialidad e inmoralidad; utilizó expresiones objetivamente ofensivas/denigratorias y no estaban justificadas por una reacción momentánea, ya que las realizó días después de la resolución del TSJ y por escrito a través de un medio digital. Parafraseado de la fundamentación jurídica de la STS, sala 1ª, n.º 554/2022, de 15 de febrero.

⁹⁸⁹ «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

efecto disuasorio entre los letrados, si consideran necesario criticar a un juez por sus actuaciones en el ejercicio de sus funciones.

Pero el Tribunal Supremo, no sólo vuelve a perder la oportunidad de referirse a la importancia del ejercicio de los derechos fundamentales en el mundo digital, sino que además –en el presente caso– rebajó la cuantía a indemnizar a la magistrada para evitar un efecto disuasorio entre los letrados –por aplicación de la jurisprudencia del TEDH– y por la escasa difusión del medio empleado⁹⁹⁰.

2. (In)aplicación de la doctrina constitucional relativa a la sociedad digital

Resulta sorprendente que la sentencia que venimos examinando sea de fecha posterior a una Sentencia que dicta el mismo Tribunal, el Pleno, –STS, Pleno, n.º 8/2022, de 27 de enero– en la que sí refiere la doctrina del TC respecto a la influencia de *lo digital* a la hora de establecer los factores a tener en cuenta en la ponderación del conflicto entre el derecho al honor y el derecho de información, ejercidos a través de las redes sociales. Aunque nos encontramos con una doctrina constitucional relevante –a la que aludiremos–, ésta prácticamente no tiene influencia en las resoluciones judiciales, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente artículo; ni en la sentencia examinada, ni siquiera en la del Pleno que recoge la doctrina constitucional.

Así, la referida STS, Pleno, n.º 8/2022, de 27 de enero, en su FJ 3 afirma –recogiendo la doctrina constitucional– que «*Por lo que hace al*

⁹⁹⁰ STS, Sala 1ª, n.º.554/2022, de 15 de febrero, FJ 17 «*teniendo en cuenta que, como afirma la Audiencia Provincial, no existe prueba de que el periódico digital en que se publicó el artículo difamatorio tuviera una elevada difusión*».

impacto que puedan tener las redes sociales en los derechos de la personalidad...pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales»⁹⁹¹. Esta sentencia continúa recogiendo la doctrina constitucional relativa al ejercicio de la libertad de expresión a través de las redes sociales –y en contraposición con el derecho al honor–; y, así, señala que debemos tener en cuenta, entre otros muchos factores, dos que son los que nos interesan a efectos de este artículo. Por un lado, que «Las redes sociales actúan sobre los ejes de la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la dificultad de establecer filtros a priori en esa difusión, y la potencialmente amplia –y difícilmente controlable– transmisión de sus contenidos. Ello supone una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales» y un segundo factor a tener en cuenta, en la ponderación de los derechos en juego, es el llamado efecto disuasorio –ya expuesto en la STEDH reseñada–.

⁹⁹¹ STS, Pleno, n.º 8/2022, de 27 de enero, FJ 3 «Por lo que hace al impacto que puedan tener las redes sociales en los derechos de la personalidad, ya se ha dicho en la STC 27/2020, de 24 de febrero, donde se oponía la libertad de información al derecho a la propia imagen, que «[e]n este contexto es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garantes todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales» (FJ 3), pero también lo es «que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica» (ibidem). Esta identidad de contenido no impide que se tengan en cuenta las particularidades que presentan las redes sociales a la hora de evaluar cómo los derechos de la personalidad actúan en tanto límites de las libertades de comunicación».

A pesar de la importancia que el TC otorga a *lo digital* en el ejercicio de algunos de los derechos fundamentales que estamos tratando, observamos –con sorpresa– que ninguna de las dos sentencias del TS –a las que nos hemos referido en este artículo– trasladan la doctrina constitucional a sus sentencias –haciéndolo con la mirada integral y actual que la misma requiere–. No es que no apliquen la doctrina, sino que no le otorgan a *lo digital* la importancia que demanda la sociedad y su aplicación pierde virtualidad.

Ante una absoluta influencia del mundo digital en la configuración de los derechos fundamentales, es necesario ser conscientes de la necesidad de tener en cuenta la mayor difusión que suponen los medios digitales –aplicar *con mirada digital* la doctrina constitucional expuesta–. Sin embargo, nos encontramos ante un TS que no asume –como debiera un Alto Tribunal y del mismo modo que vienen haciendo los Tribunales de instancia– los retos que le plantea el mundo digital, a través del cual se ejercen derechos fundamentales tan importantes como el derecho de defensa/derecho a la libertad de expresión de los letrados frente al derecho al honor de los jueces –crítica judicial–.

IV.A MODO DE CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE UNA (RE) ADAPTACIÓN DE LA JUSTICIA AL MUNDO DIGITAL

En esta etapa de consolidación de una sociedad digital *sin retorno* – y, a su vez, de transformación digital constante–, la justicia no puede ser ajena al mundo digital, necesita adaptarse a *lo digital* o (re)adaptarse. No es suficiente con que los Tribunales utilicen software avanzado, realizando una adaptación digital –directa– que mejora la eficacia de la

justicia al facilitar la rapidez de la comunicación entre ella y los distintos operadores jurídicos; o utilizando sistemas de grabación de las vistas, declaraciones..., incrementado con ello la garantía de derechos fundamentales en juego –aunque, a su vez, otros podrían resultar afectados–. Es necesario la adaptación de la justicia a la influencia que de manera indirecta –o directa– tiene *lo digital*, no sólo en la determinación del contenido de los derechos fundamentales –en la sentencia ampliamente reseñada, en la *-de-* limitación del derecho de defensa–, sino también en la reparación del derecho fundamental cuando la vulneración se ha producido con el altavoz de los medios digitales – con el impacto que producen frente a los medios tradicionales–.

Observamos una gran construcción teórica, en materia digital, por parte del Tribunal Constitucional –sin olvidar al TEDH– respecto a la influencia que *lo digital* tiene en los derechos fundamentales y sobre los criterios para ponderar la colisión de derechos que se ejercen a través de ese amplificador que suponen los medios digitales. Sin embargo, cuando debemos proceder a *hacer justicia*, a la reparación efectiva del daño causado –y no sólo a través de la indemnización–, no encontramos una respuesta judicial adecuada –ni de la justicia *de base*, ni del Tribunal Supremo–. Debería sopesarse la trascendencia real de una crítica vertida en un medio digital –y no sólo por la audiencia que pueda tener el medio– sino por la capacidad de propagación rápida de esa noticia a través de otros medios, como las redes sociales.

Nos encontramos ante la necesidad de que los Tribunales –la Justicia– afronten realmente los retos digitales que les impone la sociedad –adaptándose al mundo digital– y realicen un balance adecuado –con el peso de *lo digital*– para una reparación adecuada e integral de los derechos fundamentales que resulten infringidos por el uso de medios

digitales fuera del ámbito judicial. En caso contrario, nos encontraremos abocados a una sociedad digital que –con lógica y a nuestro pesar– se sienta cada vez más alejada de la Justicia.

V. REFERENCIAS

1. Bibliografía

BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *El derecho fundamental al honor*, Madrid, Tecnos, 1992.

DE OTTO Y PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos fundamentales y constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La libertad de expresión reforzada del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

JIMENEZ ASENCIO, R., *Libertad de expresión de los abogados, derecho de defensa e imparcialidad judicial*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

MUÑOZ ARANGUREN, A., “Los límites a la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa”, *Práctica contenciosa para abogados*, pp. 419-438, La Ley, Madrid, 2021.

PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

PULIDO QUECEDO, M., “La libertad de expresión del abogado en juicio”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 15, Aranzadi, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Garantía de indemnidad, actuaciones preprocesales del abogado y libertad de expresión”, *Relaciones laborales*, n.º 2, Wolters Kluver, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ STEWART, N., “La libertad de expresión del abogado”, *Diario La Ley*, n.º 8572, Wolters Kluver, Madrid, 2015.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991.

Jurisprudencia

STC, Pleno, 8/2022, de 27 de enero.

STC, Sala 1ª, 93/2021, de 10 de mayo.

STC, Sala 2ª, 142/2020, de 19 de octubre.

STC, Sala 1ª, 126/2018, de 26 de noviembre.

STC, Sala 2ª, 127/2018, de 26 de noviembre.

STC, Pleno, 226/2016, de 22 de diciembre.

STC, Pleno, 177/2015, de 22 de julio.

STC, Sala 1ª, 187/2015, de 21 de septiembre.

STC, Sala 2ª, 79/2014, de 28 de mayo.

STEDH, de 9 de marzo de 2021, asunto A./B. c. España.

