

Nuevos desafíos del derecho a la protección de datos ante el desarrollo global de *Internet*

Gabriel Delpiazzo Antón*

En el contexto social actual, el desarrollo de la Internet plantea una posible divergencia entre la tutela de la privacidad de los individuos y el resguardo de los derechos a la información periodística y administrativa.

En el presente artículo, el autor expone los desafíos que se plantean al derecho a la protección de datos -esfera íntima y privada de las personas- frente al desarrollo mundial de la Internet. En ese sentido, el autor, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la materia, desarrolla el criterio de ponderación de derechos tales como la libertad de prensa, de seguridad y el acceso a la información administrativa en contraposición a los derechos que tutelan la privacidad de las personas.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo globalizado en el que vivimos, caracterizado por el constante intercambio de bienes y servicios, a toda hora y en cualquier lugar, sin otros límites que los del mundo, no ha sido ni es neutro para los derechos fundamentales.

Lejos de ello, dicha internacionalización del mercado y del acceso a la información generan nuevas necesidades y exigen nuevos instrumentos de tutela jurídica en materia de tales derechos. En particular, los avances científicos y tecnológicos habidos en las últimas décadas, principalmente en relación con la informática y su uso, han determinado nuevos retos y desafíos para los mismos.

Es más: se ha considerado que «uno de los problemas de más hondo calado a los que se enfrenta el Derecho constitucional en la actualidad, es la defensa de los derechos fundamentales en el entorno virtual. Allí, donde el tiempo y, sobre todo, el espacio se tornan en dimensiones diluidas, se pone en entredicho la capacidad del Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos y ésta, es una realidad que no ha de ignorarse».¹

En efecto, es inocultable que *Internet* está siendo el fenómeno estelar de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. «En el umbral del nuevo

milenio, *Internet* se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria. Gracias a *Internet* cada ciudadano, sin moverse de su casa, puede acceder a los centros de documentación más importantes del mundo, puede realizar las más diversas operaciones financieras y comerciales, gozar de una enorme oferta de entretenimientos de la más diversa especie, y se puede comunicar con otros usuarios de la red sin limitación de número ni distancia. Si hace algunos años parecía que la aldea global era el gran reto del futuro, hoy *Internet* ha convertido en realidad presente el hogar global, en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la terminal de un sistema integrado universal».²

En este permanente intercambio virtual, muchas veces, los usuarios tienen que facilitar sus datos personales –pensando que quedarán en el anonimato– sin tener conciencia de que los mismos pueden ser conservados en la Red, utilizados para fines diferentes de aquellos para los que fueron recabados y hasta modificados por otros.

«El mundo de la telecomunicación, del teleintercambio o teleaprovisionamiento de información lleva consigo que, al abrir la ventana de nuestro ordenador a la calle de la red global de ordenadores entre sí conectados, nos exponemos (si no tomamos ciertas precau-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Egresado de los cursos del Programa Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Cursante del Master Oficial en Derecho Público en la Universidad Carlos III (Madrid). Miembro del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas.

1 GUERRERO PICÓ, María del Carmen «El impacto de *Internet* en el derecho fundamental a la protección de datos», Thomson – Civitas, Navarra 2006, p. 21

2 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique «Las libertades en la era de *Internet*», en A.A.V.V. - «El Derecho en Red. Estudios en homenaje al Profesor Mario G. Losano», Dykinson, Madrid, 2006, p. 369.

ciones, y aun tomándolas) a la indiscreta observación de los demás usuarios de esa urdimbre de máquinas, programas e información digitalizada que, sin nuestro conocimiento, pueden ir anotando las huellas electrónicas personales que vamos dejando en nuestra ruta de internautas»³.

«Si a todo ello le añadimos las oportunidades de tratamiento que brinda *Internet*, será fácil llegar a la conclusión de que nunca antes nuestros datos personales estuvieron tan al alcance de cualquiera»⁴.

¿Qué se puede hacer frente a esta situación fáctica de indefensión en un mundo cada vez más globalizado? O mejor dicho —a fin de plantear la cuestión en los términos utilizados en el título del presente trabajo—, ¿cuáles son los nuevos desafíos del derecho a la protección de datos ante el desarrollo global de Internet?

Para responder a dicha interrogante procede, en primer lugar, delimitar el contenido esencial de este derecho fundamental a la protección de datos, para luego, al amparo del mismo, identificar y analizar los nuevos desafíos que el mundo virtual le presenta.

II. PERFIL EVOLUTIVO

La protección jurídica de la esfera íntima y privada de las personas ha evolucionado sensiblemente en los últimos tiempos, ampliando su alcance a fin de responder adecuadamente a las crecientes intromisiones ajenas, cada vez más penetrantes, producto en gran parte de la aparición y desarrollo de *Internet*.

En efecto, originalmente se partió del reconocimiento de un derecho a la intimidad entendido como el **right to be alone** (1890), es decir, el derecho a ser dejado solo o en paz, o a no ser importunado. Así considerado, su contenido poseía un sentido negativo o meramente garantista, que solo postulaba una protección jurídica del individuo contra la publicidad de actos o datos personales, sin su consentimiento.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho a la intimidad comienza a adquirir, además, un sentido positivo, al considerarse que su contenido esencial no se limita a garantizar los límites necesarios para preservar la integridad de la dimensión interior del individuo, sino que también constituye un presu-

puesto del ejercicio de otros derechos con proyección social e incluso económica.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información (la Informática primero y la Telemática después), se ponen de manifiesto nuevas necesidades de protección de la esfera íntima y privada.

En efecto, ante el riesgo derivado de la estructuración informática de grandes bancos de datos de carácter personal, su posible acceso por todos, su comercialización y la potencialidad de entrecruzamiento de información contenida en ellos, el derecho a la intimidad se configura como una nueva forma de libertad personal, ya no caracterizada negativamente como la posibilidad de refutar o evitar el uso de datos referidos a cada uno, sino positivamente, como la potestad de ejercer un poder de control sobre las informaciones referidas a la propia persona⁵.

Se trata de un derecho de autotutela de la propia identidad informática, de un derecho a controlar (acceder, rectificar, modificar o consentir) los datos personales inscritos en un programa electrónico, de disponer de la información automatizada que nos concierne personalmente. Las personas deben disponer de instrumentos de reacción para evitar, por su propia iniciativa, ser objeto de exhibición global.

La doctrina y jurisprudencia alemanas han preferido hablar del **derecho a la autodeterminación informativa**⁶ a partir del sonado caso resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 de diciembre de 1983, en la cual, se examinó la constitucionalidad de la Ley de Censo de Población, concluyéndose que no sería compatible con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico que hiciesen posible «el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él (...) La libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a su persona».

En este contexto, se planteó en España un «debate doctrinal cuyo origen cabe situar, en orden a la determinación del bien jurídico protegido, en el análisis del propio marco sistemático del artículo 18º de la Constitución Española⁷, que, por un lado, contempla la intimidad personal y familiar, el derecho al

3 DIAZ, Francisco Eugenio «La protección de la intimidad y el uso de Internet», en Jornadas sobre Contratación Electrónica, Privacidad e Internet, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Nº 30-32, Mérida, 1999, p. 150.

4 GUERRERO PICÓ, María del Carmen Op. cit., p. 340.

5 CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes y MARROIG POL, Lorenzo «El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones», Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2001, p. 81

6 DENNINGER, Erhard «El derecho a la autodeterminación informativa», En A.A.V.V., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 268 y ss.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo «El derecho a la autodeterminación informativa», Tecnos, Madrid, 1990.

7 Art. 18 CE: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es

honor y a la propia imagen (numeral 1), por otro lado, repara en el derecho al secreto de las comunicaciones (numeral 2) y la inviolabilidad del domicilio (numeral 3), y que, finalmente, establece la limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad, el honor y el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos (numeral 4). La polémica de la doctrina española se centró, en este campo, en determinar si los distintos apartados del artículo 18º de la Constitución Española, o incluso el propio numeral 1 de este precepto constitucional, deben ser considerados como manifestaciones concretas de un derecho más amplio, que sería el derecho a la intimidad,⁸ o si, por el contrario, se trata de derechos dotados de una cierta autonomía,⁹ respecto del derecho a lo íntimo.¹⁰

Dicha discusión quedó laudada por la sentencia del Tribunal Constitucional N° 292/2000, de fecha 30 de noviembre de 2000, que distingue el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la intimidad.

Esta sentencia señala que «el derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad recogido en el numeral 1 del artículo 18º de la CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley (...) La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran: (...) garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado».

Por ende, de acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional español, el objeto de protección de este nuevo derecho fundamental no se reduce 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 solo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal».

Esta evolución, de la protección de la esfera privada de cada persona, se enfrenta ahora con la universalización del uso de *Internet* y la implementación en la Red de nuevas tecnologías que permiten recopilar, tratar, transmitir y combinar, fácilmente, y a gran velocidad grandes cantidades de datos. Aquí, está el origen de los desafíos que al derecho fundamental a la protección de datos se le presentan en la actualidad, demandándole continuar en su evolución a fin de adecuarse a la nueva realidad del mundo virtual, de manera de no perder efectividad.

III. NUEVOS DESAFÍOS DEL MUNDO VIRTUAL

Los riesgos derivados del uso de *Internet* que vienen de mencionarse, no significan que esta red global no sea una herramienta útil –sino esencial– en la realidad actual. Lo es, tanto para comunicarse, para mantenerse informado, para la agilidad de las operaciones comerciales.

Se trata de un fenómeno que ha supuesto un verdadero cambio de paradigma en el modo de producción de las relaciones humanas, y, por ende, también en el ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades, cuyo contenido esencial parece ampliarse, amenazando la adecuada protección de los datos de carácter personal contenidos en la Red.

En tal sentido, cabe individualizar tres aspectos que, por la influencia de *Internet*, se encuentran en particular tensión con el derecho fundamental de protección de datos:

- a) la libertad de prensa o el derecho a informar de los medios informativos digitales;
- b) la seguridad nacional, que lleva al poder público a adoptar medidas invasivas de la esfera privada de la persona, a fin de prevenir riesgos para la colectividad; y
- c) el derecho de acceso a la información administrativa, impuesto por los principios de publicidad, transparencia y participación, rectores de la gestión de las Administraciones Públicas

Cabe observar, que muchas acciones amparadas por estas reglas de rango constitucional, son suscepti-

inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. 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».

8 RUIZ MIGUEL, Carlos «*La configuración constitucional del derecho a la intimidad!*» Tecnos, Madrid, 1995, p. 76; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo «La Ley 11/1998, de fecha 24 de abril. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones», Civitas, Madrid, 1999, p. 427.

9 DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel «*Manual de Derecho Informático*» Thomson - Aranzadi, 6ª edición, Navarra 2004, p. 43 y ss; «El abogado y la protección de datos», Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2004, p. 15 y ss; y CANALES GIL, Álvaro «La protección de datos personales como derecho fundamental», en anuario *Derecho Informático F.C.U.*, tomo IV, Montevideo 2004, p 261 y ss.

bles de atentar contra la privacidad de las personas, ya sea por su posibilidad de difundir al público internauta datos de carácter personal, sin el consentimiento de su titular –como los medios de prensa digital al difundir una noticia o las Administraciones Públicas al publicar una sanción administrativa– o por su capacidad de vulnerar la esfera personal de la persona –como las filtraciones de información por motivos de seguridad–.

Tales antinomias no pueden ser resueltas por los criterios tradicionales (jerarquía, especialidad y cronología). En virtud de la misma raigambre constitucional de los aspectos en conflicto, no puede prescindirse de ninguno de ellos ante un caso concreto en el que ambos son exigibles, ni tampoco afirmarse que uno ha de ceder siempre en presencia del otro, pues esto implicaría, establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución.¹¹

La única vía para resolver el problema será la ponderación de los derechos en colisión. Este juicio de ponderación «conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto (...) El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia, que en puridad, no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos».¹²

Esta necesaria interpretación armónica debe centrarse en pensar cada uno de los derechos en juego desde su contenido esencial, a efectos de determinar, no cuál es más importante o cuál debe rendirse, sino cuál resulta aplicable al caso y cuál no. Justamente, determinar el contenido esencial de un derecho es «mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio (...), es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable».¹³

Por ende, la tarea de precisar tales límites y criterios necesarios para alcanzar el equilibrio entre una adecuada protección de los datos personales y cada uno de las reglas constitucionales señaladas, constituyen los desafíos actuales del derecho a la protección de datos, frente a la proliferación mundial de *Internet*.

A partir de los aportes doctrinarios y de las pautas resolutivas consideradas por el Tribunal Constitucional español, se intentará en los apartados siguientes abordar dicha tarea de determinación de criterios, con plena conciencia de la imposibilidad de obtener

soluciones de carácter general a los desafíos planteados. La aplicación de tales criterios a la circunstancialidad concreta de cada caso permitirá, sin embargo, alcanzar soluciones particulares.

1. Desafío frente a la libertad de prensa

1.1.- Situación planteada

Innecesario resulta señalar que, con el desarrollo de *Internet*, han proliferado los medios de prensa digital, que, a diferencia de los medios tradicionales, permiten una difusión de las noticias más amplia y actualizada.

Esta nueva realidad facilitada por el mundo virtual, replantea –y quizás acentúa– la eterna problemática trabada, con carácter general, entre la libertad de expresión del pensamiento y la libertad de prensa, por un lado; y los derechos personalísimos –intimidad, honor, imagen y protección de datos–, por el otro.

En efecto, mientras algunos han entendido que siempre deben ser respetados los derechos del individuo afectado y que dichas libertades no pueden ser excusa para admitir violaciones de los mismos, otra postura –en la que se atrincheran los medios de prensa y la mayoría de los periodistas– afirma que la libertad de buscar y difundir información es básica para el funcionamiento de las instituciones democráticas y, por ende, no debería admitirse una restricción a este derecho, salvo que se acredite que el medio ha actuado de mala fe o sea con la expresa intención de lesionar el honor o de violentar otros derechos inherentes a la persona referida.¹⁴

La Unión Europea se ha preocupado por esta cuestión a través de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 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. En su artículo 9º, dispone que, «En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán (...) exenciones y excepciones, solo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión».

Sin embargo, el ordenamiento jurídico español todavía no cuenta con reglas específicas que resuelvan esta problemática. Con carácter general, la Constitución Española reconoce en su artículo 20º

10 CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes y MARROIG POL, Lorenzo – Op. cit., p. 75.

11 PRIETO SANCHIS, Luis «El juicio de ponderación» En Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid 2003, p. 189.

12 PRIETO SANCHIS, Luis Op. cit., pp. 191 y 192.

13 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando «Interpretación constitucional de los derechos fundamentales», La Ley, Buenos Aires 2000, p. 43.

el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (numeral 1, literal a), preceptuando, a su vez, que «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» (numeral 4).

Quiere decir que la Carta establece expresamente que el derecho fundamental a la protección de datos —reconocido a nivel constitucional y desarrollado por ley orgánica—¹⁵ actúa como límite a la libertad de expresión y, consecuentemente, a la libertad de prensa.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado que tales límites no son absolutos, en virtud de la posición preferente que las libertades de expresión e información disfrutan por su relevancia y trascendencia colectiva.¹⁶

«Como la sentencia del Tribunal Constitucional N° 172/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990, ha señalado, el derecho del artículo 20° CE está dotado de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales, lo que en la sentencia del Tribunal N° 107/1988, de fecha 8 de junio de 1988, se expresa como *eficacia radiante*. Es importante señalar que, en virtud de su posición preferente, cuando entren en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con intereses de significativa importancia social y política, las restricciones, los límites que de dicho conflicto pudieran derivarse deben ser interpretados de tal modo que el contenido fundamental de estos derechos no resulte *desnaturalizado ni incorrectamente relativizado*»¹⁷ (STC 159/1986, de fecha 12 de diciembre de 1986; STC 20/1990, de fecha 15 de febrero de 1990; STC 171/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990).

Es decir, que tal valor preferente del derecho a la información no significa dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información.¹⁸

En este contexto, procede pues intentar precisar cuáles serían los límites al ejercicio de la libertad de prensa

que derivarían del respeto al derecho fundamental a la protección de datos.

1.2. Pautas resolutivas

Con carácter general, se ha destacado que «el derecho fundamental a informar del cuál es titular el comunicador, tiene sus límites tanto en la esfera interna del comunicador, en cuanto su mensaje debe ser veraz, exacto y objetivo, como en la esfera externa, en cuanto no debe coludir con otros derechos esenciales y, en particular, sin excesos, abusos o sobrepasando la esfera de la personalidad de un sujeto, infringiendo su honor, reputación, dignidad, imagen o reserva».¹⁹

En tal sentido, se ha recurrido a la noción de límites internos y externos de la libertad de prensa, como criterios para determinar la presencia de un ejercicio abusivo de la misma; distinción que encuentra respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Entre los límites internos, se han destacado restricciones tanto de índole formal como sustancial: en lo atinente a la forma, se trata de aquellos límites que refieren a la corrección del lenguaje, es decir, al uso de modos expresivos que no sean idóneos en sí mismos para lesionar algún interés; en cuanto al fondo, los límites de la verdad histórica.²⁰

En materia de protección de datos, cabe circunscribir tales límites a la exigencia de exactitud y comple-

«Cabe individualizar tres aspectos que, por la influencia de *Internet*, se encuentran en particular tensión con el derecho fundamental de protección de datos: la libertad de prensa, la seguridad nacional y el derecho de acceso a la información administrativa.»

14 LAMAS, Mario Daniel «Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana», Montevideo 2004, p. 372.

15 Ley Orgánica N° 15/1999, de fecha 13 de diciembre de 1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

16 Así: STC 172/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990, a cuyo tenor: «Las libertades del art. 20 C.E. no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18° numeral 1 C.E., en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática».

17 CREMADES, Javier « Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español, La Ley», Madrid 1995, p. 147.

18 Así: STC 172/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990.

19 LARRAÑAGA, Luis «Límites del derecho a informar y desnaturalización de la imagen en Anuario de Derecho Civil Uruguayo», tomo XXVIII, p. 755.

20 LAMAS, Mario Daniel Op. cit., p. 378.

titud de los datos personales que resulten publicados, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.²¹

Por su parte, la veracidad de los hechos informados configurará un límite frente al derecho al honor, pero no en particular frente al derecho de protección de datos. Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones de la prensa en la esfera íntima de las personas «no es el de la veracidad de lo informado, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa».²²

De manera justa, dicha finalidad intrínseca de interés público, propia de la libertad de prensa, es la que determina sus límites externos. Tal finalidad resulta de que los destinatarios de la información brindada por los medios de comunicación somos todos, es la sociedad en general. Más aun: la información contenida en Internet está destinada al mundo entero.

Al respecto, el Tribunal ha afirmado que el valor preferente de la libertad de prensa «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo a tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin, en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente. De ello, se deriva que la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere, no solo, que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere; de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el

asunto de interés general que es objeto de la información».²³

Es que el hecho en su globalidad puede ser público o de interés general, pero puede no revestir tal carácter la publicación de los datos personales del involucrado. Evidentemente que la noticia de un homicidio concita el interés público, aunque la simple detención de una persona por averiguaciones policiales referentes a ese homicidio no justifica la difusión de su identidad, que será automáticamente vinculada al responsable del hecho ilícito por los receptores, cuando ni siquiera le puede ser imputado el mismo. Vale decir que el interés general que el hecho genera, no determina necesariamente la facultad de difundir los datos de una persona, por parte del medio de comunicación, dañando su privacidad.²⁴

En suma, cabe concluir que «cuando la información, aunque veraz, no responda a los fines en virtud de los cuales es reconocida la libertad de divulgar y de recibir información, habrá excedido los límites externos del derecho».²⁵

2. DESAFÍO FRENTE A LA SEGURIDAD

2.1. Situación planteada

Sea que la consideremos como un derecho subjetivo o como un principio general del Estado de Derecho, la seguridad es un valor fundamental de todo ordenamiento jurídico.

Al respecto, se ha dicho que se trata de «un sustantivo que traduce un estado institucional y/o personal. Proviene del latín *securitas* que dice de sus propiedades o de los componentes de lo propio, en tanto se refiere a lo cierto, lo confiable, lo indemne, lo conocido, lo indubitable, lo responsable, lo sólido, lo infalible, lo estable, lo continuo, lo transparente, lo tranquilo, lo protegido, lo amparado, de y en la vivencia y la convivencia (...) Es un valor, una jerarquía a tener, poseer y continuar poseyendo. Es un valor fundante, pilar, sostén y base de otros valores».²⁶

Desde el punto de vista personal, la seguridad no parece ser un valor que amenace al derecho a la protección de datos personales. Lejos de ello, se presenta como un aspecto coadyuvante y necesario para su mejor goce.²⁷ Cuanto más intensas sean las me-

21 Así: art. 4º numeral 3 de la LOPD establece: «Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado».

22 Así: STC 172/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990.

23 Así: STC 171/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990. En el mismo sentido: STC 143/1991, de fecha 1 de julio de 1991; STC 172/1990, de fecha 12 de noviembre de 1990; y STC 51/1989, de fecha 22 de febrero de 1989.

24 LARRAÑAGA, Luis – Op. cit., p. 756.

25 LAMAS, Daniel – Op. cit., pp. 377 y 378.

26 PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto «Seguridad pública y Derecho administrativo», E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid 2001, p. 201.

27 En tal sentido, la LOPD establece en su art. 9º el «principio de seguridad de los datos», en virtud del cual se impone al responsable del fichero el deber de adoptar todas las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal.

didadas de seguridad tendientes a proteger el tratamiento de los datos personales, mayor será la efectividad de este derecho.

Sin embargo, desde el punto de vista institucional, y, en particular, respecto a la seguridad nacional, la situación es diferente. Con el agravamiento de la criminalidad y del terrorismo, los poderes públicos se sienten legitimados para adoptar medidas de prevención o investigación que recaen sobre la esfera privada de las personas y sobre sus datos personales.

En dicho contexto, el nuevo escenario globalizado de *Internet* juega un papel protagónico, en tanto ámbito en el que nuestras comunicaciones pueden ser espiadas, nuestra navegación ruteada y nuestra intimidad agredida de diversas formas.

En efecto, «el clima de inseguridad generado desde el 11 de setiembre de 2001, ha provocado que los gobiernos se hayan visto obligados a adoptar medidas legislativas que inciden en el logro de un mayor control. Estas nuevas medidas pretenden que todos los usuarios de medios como *Internet* o la telefonía dejen un rastro con el fin de prevenir el delito o disponer de ciertas garantías de que el delincuente puede ser capturado. Para ello, resulta imprescindible evitar el anonimato con el consiguiente coste provocado por la relación inversamente proporcional que se produce entre libertad y seguridad»²⁸, o bien, entre protección de datos personales y seguridad.

Se plantea, pues, un nuevo conflicto entre preceptos de rango constitucional que requiere la fijación de los criterios necesarios para alcanzar el ponderado equilibrio correspondiente.

2.2. Pautas resolutivas

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español también pueden extraerse algunos parámetros susceptibles de iluminar la tarea de delimitación de las reglas constitucionales en pugna.

Así, en la sentencia del Tribunal Nº 292/2000, refiere a los límites del derecho fundamental a la protección de datos, respaldándose en anteriores sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Lender, de fecha 26 de marzo de 1987; caso Z, de fecha 25 de febrero de 1997; caso Funke, de fecha 25 de febrero de 1993; caso X e Y, de fecha 26 de marzo de 1985; y caso Gaskin, de fecha 7 de julio de 1987).

Al respecto, exige 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, que

los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados como proporcionados para el logro de su propósito».

En cuanto a la primera exigencia, cabe destacar que existen en el ordenamiento español y comunitario diversas normas que limitan el derecho de protección de datos en pos de la seguridad del Estado.

En primer lugar, ya el *Convenio Nº 108 del Consejo de Europa, de fecha 28 de enero de 1981*, sobre protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio de Estrasburgo), dispuso tal limitación en su artículo 9º numeral 2, literal a).

En segundo lugar, la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Nº 95/46/CE, de fecha 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 esos datos, faculta a los Estados a «adoptar medidas legales para limitar el alcance de las obligaciones y los derechos previstos (...) cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de la seguridad del Estado» (artículo 13º numeral 1, literal e).

En tercer lugar, la propia **Ley Orgánica de Protección de Datos** regula limitaciones al ejercicio de este derecho fundamental cuando la situación puede afectar la seguridad pública, ya sea habilitando la recogida y tratamiento de datos sin consentimiento de su titular (artículo 22º numeral 2) o denegando sus derechos de acceso, rectificación o cancelación (artículos 23º numeral 1 y 24º numeral 1).

En cuarto lugar, con específica referencia al campo de las telecomunicaciones, es preciso mencionar la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Nº 2002/58/CE, de fecha 12 de julio de 2002*, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. La misma reitera la facultad de limitación conferida por la citada Directiva 95/46/CE, exigiendo adicionalmente, de conformidad con la postura del Tribunal, que «tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática» (artículo 15º).

En quinto lugar, la *Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 15 de marzo de 2006*, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, estipula diversas limitaciones con el objeto de luchar contra el terrorismo y el crimen organizado.

Así, obliga a los operadores de telecomunicaciones

28 CREMADES, Javier «Ningún usuario anónimo en Revista Escritura Pública», Nº 46, Julio-Agosto 2007, p. 35.

a retener los datos de llamadas y de correo electrónico (con excepción de su contenido, solo accesible por mandato judicial) por 6 y 24 meses. Además, para la telefonía móvil incluye el identificador del equipo, y para las comunicaciones a través de Internet, se deberán conservar las direcciones IP, los datos identificativos del abonado al que corresponda la misma y la datación de la comunicación.

Al amparo de dichas normas jurídicas, podrá resultar limitado el derecho fundamental a la protección de datos personales. Sin embargo, para que dicha limitación sea legítima, deberá cumplir, a su vez, con la segunda exigencia del Tribunal, es decir, resultar indispensable en una sociedad democrática, extremo que implica:

- que la ley que establezca los 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.

El juicio de ponderación en cuestión deberá regirse, pues, por estas pautas jurisprudenciales.

3. DESAFÍO FRENTE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

3.1. Situación planteada

Sabido es que la actividad administrativa se rige, en su relación con los ciudadanos, por los principios de publicidad, transparencia y participación.²⁹

Respecto de los primeros, se ha dicho que, cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, «se quiere dar un paso más respecto de la publicidad (...) como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente, que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal».³⁰

En cuanto al principio de participación, el mismo aparece reconocido por la Constitución Española en su artículo 23º, numeral 1, a cuyo tenor: «Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos (...)».

La confluencia de tales principios determina indudablemente el deber de la Administración de permitir y facilitar el acceso a la información administrativa. El correlato lógico de este deber es, pues, el derecho de todos los ciudadanos a acceder a dicha información.

Al respecto, los medios telemáticos —en particular, *Internet*— se ofrecen como una alternativa idónea para satisfacer las exigencias de publicidad y transparencia de la actividad administrativa, y, por ende, de la accesibilidad a la información, dado que hoy en día, gran parte de los datos que obran en los archivos y registros públicos se encuentran digitalizados.

Tal es así que «la utilización de Internet ha incrementado la accesibilidad de la información de las Administraciones Públicas. Cualquier ciudadano, independientemente del lugar donde se encuentre, puede acceder a cualquier información en poder de las Administraciones Públicas con solo abrir la página web de la Administración de que se trate y, además, puede intercambiar información con otros actores que participen en la Red».³¹

Sin embargo, junto a las mayores posibilidades que ofrece la tecnología a las Administraciones Públicas para difundir la información, aparecen también mayores posibilidades para llevar a cabo un acopio indebido de datos personales a través de Internet. Y la transparencia refiere a las instituciones públicas, no a los individuos, que son poseedores de una esfera de intimidad y privacidad.

En este contexto, «la necesaria publicidad de la información administrativa y, en especial, de aquella que venga referida a personas físicas identificadas o identificables —estos es, de datos de carácter personal— constituye un auténtico desafío dadas las enormes posibilidades de recogida y sistematización que presenta *Internet* y, en concreto, los modernos sistemas de búsqueda existentes en la Red. De ahí, que deban adoptarse asimismo cuantas medidas permitan dar oportuna difusión a la información y, al mismo tiempo, impidan o al menos dificulten la recogida de los datos».³²

Al respecto, el artículo 105º de la Constitución Española encomienda a la ley la regulación del «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros adminis-

29 Así: Art. 3º, num. 5, de la Ley 30/1992, de fecha 26 de noviembre de 1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece: «En sus relaciones con los ciudadanos, las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación».

30 DELPIAZZO, Carlos E. «La regulación legal del control social y transparencia, en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM», Año 5, Nº 1, p. 29 y ss.

31 CERRILLO, Agustín «Información: hacia una nueva regulación del acceso a la información en Revista de Internet, Derecho y Política», Nº 1, 2005, p. 9 (<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/cerrillo.pdf>).

32 FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y VALERO TORRIJOS, Julián «La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de datos personales» En Revista Aragonesa de Administración Pública, Nº 26, 2005, p. 82.

trativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas» (literal b).

Si bien tal precepto evidencia la voluntad del constituyente de limitar el derecho de acceso a la información administrativa a fin de proteger la esfera íntima de las personas –y sus datos de carácter personal–, el legislador aun no ha regulado acabadamente la situación, «pues falta una ley de transparencia que regule el acceso a la información y que establezca el organismo público que, independiente del Gobierno, garantice el ejercicio del derecho con plenas garantías (...) El necesario equilibrio entre privacidad y transparencia es difícil de lograr si contamos con una ley de protección de datos, pero no con una ley general de acceso a la información. Este es, paradójicamente, uno de los más importantes retos que hoy tiene planteados la protección de datos».³³

3.2. Pautas resolutivas

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, cabe proponer, a la luz de lineamientos pautados por el Tribunal Constitucional, algunos criterios cuya aplicación al caso concreto permita alcanzar el necesario equilibrio entre los derechos fundamentales en pugna.

Dicho Tribunal, ha señalado que el derecho a la protección de datos no admite otros límites que aquellos establecidos por ley en atención a otros derechos o bienes de relevancia constitucional y que, por tanto, sean justificados y proporcionados.³⁴

En tal sentido, cabe considerar que la Administración Pública podría difundir en *Internet* información administrativa que contenga datos de carácter personal siempre y cuando se verifiquen dos requisitos acumulativos:

- a) la existencia de una norma legal habilitante para ello; y
- b) la justificación de tal difusión en atención a la finalidad perseguida con la publicidad.

Respecto de la primera exigencia, cabe agregar que, aún en defecto de norma legal expresa, será causa habilitante para la difusión de datos personales el consentimiento de su titular. En efecto, ésta es la regla de principio.³⁵

Por su parte, la segunda exigencia referida no hace más que recoger el denominado «principio de calidad de los datos»³⁶, en virtud del cual, todo tratamiento de datos debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado; debe referirse, en particular, a datos adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los objetivos perseguidos; estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener los datos; los objetivos de los tratamientos posteriores a la obtención no pueden ser incompatibles con los objetivos originalmente especificados.³⁷

Quiere decir que «el principio de calidad y, en concreto, las exigencias de proporcionalidad que supone, obligan a que solo se difunda aquella información que sea estrictamente necesaria para la finalidad perseguida con la publicidad, de manera que solo cuando así venga contemplado legalmente, las Administraciones Públicas podrán recurrir a difundir datos personales a través de *Internet* utilizando sus propios sitios web».³⁸

Por ende, el que los datos o las informaciones personales se encuentren en poder de la Administración Pública, no implica que su tratamiento esté liberado de la observancia de la legislación de protección de datos, ni mucho menos que se puedan recopilar y procesar para cualquier propósito.³⁹

Sin embargo, tampoco debe olvidarse que existe una razón genérica que aconseja la publicidad como resorte esencial del sistema democrático.⁴⁰ Conforme con ello, el ordenamiento jurídico español cuenta con disposiciones legales que habilitan a la Administración a la difusión de información administrativa, aún cuando contenga datos de carácter personal.

Al respecto, procede destacar lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley Orgánica de Protección de Datos,

33 PIÑAR MAÑAS, José Luis «Protección de datos y transparencia. Un equilibrio necesario en Revista Auditoría y Seguridad», N° 16, 2007, p. 210.

34 Así: STC 292/2000, de fecha 30 de noviembre de 2000.

35 El artículo 6º numeral 1 de la LOPD establece: «El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa». Al respecto, el Real Decreto N° 1720/2007, de fecha 21 de diciembre de 2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, agrega en su artículo 10º numeral 2, literal a), que «No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando lo autorice una norma con rango de ley o una norma de Derecho comunitario».

36 Así: artículo 6º de la Directiva N° 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 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, artículo 4º de la LOPD y artículo 8º del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

37 VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel «Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal», Civitas, Madrid 2001, p. 92.

38 FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y VALERO TORRIJOS, Julián Op. cit., pp. 124 y 125.

39 OLIVER-LALANA, Ángel Daniel «*Internet* como fuente de información accesible al público: pensando en el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico» en Revista de la Contratación Electrónica, N° 77, 2006, p. 24.

40 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio «El principio de publicidad de la gestión administrativa, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración», tomo 58, pp. 165 y 166.

el cual atribuye a los boletines y diarios oficiales – actualmente difundidos en soporte digital a través de Internet– el carácter de fuentes accesibles al público (literal j), en virtud de lo cual, se encuentran habilitados para tratar datos de carácter personal sin tener que contar con el consentimiento de sus titulares (art. 6º numeral 2).

De todas formas, de acuerdo con el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional, tal habilitación legal constituye solo uno de los requisitos para el tratamiento legítimo de datos de carácter personal. Siempre deberá verificarse, a su vez, el principio de calidad.

Asimismo, cabe agregar que, aun cuando medie norma legal habilitante, la LOPD reconoce al titular de datos personales el derecho a oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal (art. 6º numeral 4). Al amparo de dicha disposición, el Tribunal Constitucional resolvió mediante sentencia Nº 114/2006, de fecha 5 de abril de 2006, estimar un recurso de amparo en el que el recurrente había solicitado que, al publicar su sentencia e incluirla posteriormente en Internet y en el Boletín Oficial Electrónico, únicamente constaran sus iniciales.

Recientemente, por Resolución de fecha 20 de enero de 2008, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid dispuso, a su vez, que «los datos publicados en Diario Oficial, a través de formato electrónico, podrán cancelarse cuando haya desaparecido la causa que motivó su aplicación».

IV. VALORACIÓN FINAL

Según resulta de los desafíos planteados, el desarrollo global de Internet plantea un conflicto entre la tutela del individuo (de su privacidad) y la tutela de la colectividad (de su derecho a la información periodística y administrativa, y a la seguridad).

Dicho carácter global de Internet presenta, a su vez, serias dificultades para resolver tal conflicto.

En primer lugar, el ciberespacio es «un microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada»,⁴¹ lo cual no implica que no pueda ser regulado –de hecho existe regulación al respecto– sino que la determinación y aplicación de normas jurídicas a su respecto resulta sumamente compleja, como consecuencia de su vocación extra-territorial.

«Los medios telemáticos –en particular, *Internet*– se ofrecen como una alternativa idónea para satisfacer las exigencias de publicidad y transparencia de la actividad administrativa, y, por ende, de la accesibilidad a la información»

Asimismo, «cada nuevo desarrollo tecnológico parece destapar una laguna jurídica, un problema regulativo desde el punto de vista de la protección de datos personales».⁴²

Frente a esta realidad que exorbita las fronteras territoriales de los países, frente a esta **tierra de nadie**, es evidente la necesidad de reglas comunes, estándares que sean preferentemente adoptados por todos los Estados o, en su defecto, al menos por regiones. Es que nunca será efectiva una solución local para un problema mundial.

Igualmente, de poco serviría que en un país se tutelen los datos personales si éstos, traspasando fácilmente las fronteras, pueden ser manipulados en países donde no hay protección o ésta es insuficiente.

Y ante la rapidez de los cambios tecnológicos, se vuelve imprescindible acudir a los principios generales de Derecho, cuya generalidad permite su adaptación al nuevo entorno. Es incuestionable la progresiva importancia de los principios a la luz de la complejidad, parcialidad y variabilidad de las normas,⁴³ especialmente en lo que refiere a *Internet*.

La adecuada armonización entre derechos y libertades de la colectividad y los de la personalidad dependerá, pues, de la adopción común de estándares universales y del reconocimiento de la plena vigencia de los principios generales de Derecho.

Mientras tanto, la clave consistirá en proteger estos derechos y libertades en el ámbito de lo público, y al mismo tiempo resistir sus incursiones en la esfera privada. CA

41 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique «*Internet y el Derecho*», En Rev. Iberoamericana de Informática y Derecho», Nº 19-22, Mérida 1998, p. 722.

42 OLIVER-LALANA, Ángel Daniel Op. cit., p. 5.

43 PAREJO ALFONSO, Luciano y otros «*Manual de Derecho Administrativo*», vol. I, Ariel, Barcelona 1996, pp. 131 y 132.