

Periodismo y datos publicados en internet: el concepto de «fuente accesible al público» y otras restricciones de la Ley de Protección de Datos Personales.

Journalism and data published in internet: the concept of «public accesible source» and other restrictions of Personal Data Protection Law.

Pepe Rodríguez
Universitat Autònoma de Barcelona
[pepe.rodriguez@uab.cat]

Recibido: 17 de mayo 2010
Aceptado: 4 de noviembre 2010

Resumen

Este artículo analiza algunas restricciones graves que la legislación española sobre protección de datos impone a la publicación y uso de datos personales en Internet. Para la Ley 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) un web o un blog no son una «fuente accesible al público», y la jurisprudencia actual tampoco los considera como medios de comunicación. Internet, un medio de comunicación universal, queda reducido a un universo de meros ficheros automatizados regulados por la LOPD, que puede impedir y sancionar el uso de los datos personales contenidos en ellos. La revisión de resoluciones y sentencias sancionadoras, por infracciones a la LOPD en Internet, evidencia un marco jurídico muy restrictivo y alejado de las interpretaciones normativas europeas sobre uso de datos «con fines exclusivamente periodísticos» y que limita gravemente la libertad de información y somete el ejercicio del periodismo en Internet a una alta inseguridad jurídica.

Palabras clave: protección de datos, Internet, periodismo digital, libertad de información, fuente accesible al público.

Abstract

This article analyzes some serious restrictions that the Spanish legislation on personal data protection imposes to publication and use of personal data in Internet. According to Law 15/1999 of Personal Data Protection (LOPD), a website or a blog are not considered as a «public accessible source» and the present jurisprudence does not even consider them as a mass media. Internet, a universal mass media, becomes reduced to a universe of mere automated files regulated by the LOPD. Consistent with this, law can prevent and sanction the use of contained personal data in such files. The revision of resolutions and sanctioning judgments derived from infringements of LOPD in Internet demonstrates a very restrictive legal frame. This would be away from European regulations of data use «with exclusively journalistic aims» and limits information freedom seriously and puts the exercise of the media in Internet under a high legal insecurity.

Keywords: data protection, Internet, digital journalism, freedom of information, public accessible source.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de «fuente accesible al público» según la LOPD. 3. Los sitios web no son fuentes accesibles al público según la LOPD y la AEPD. 4. Consideración de los blogs y foros en Internet para la AEPD. 5. Acceso y uso de datos personales procedentes de registros públicos accesibles a través de Internet. 6. ¿Es la LOPD una buena transposición de las directivas europeas sobre protección de datos?

1. *Introducción*

La World Wide Web, con un desarrollo inimaginable cuando aparecieron los protocolos que la hicieron posible en 1990, es hoy un universo casi infinito de datos accesibles universalmente, siendo el presente y futuro del ámbito fundamental que nutre el ejercicio del periodismo y que permite su expresión y expansión más actual.

Casi desde los inicios de Internet «ha quedado a la vista que no se puede concluir diciendo, sencillamente, que es un nuevo medio de comunicación porque su estructura ofrece mucho más. Quiebra las fronteras clásicas de los Estados y las ciudades, se puede afirmar que es un nuevo espacio social en el que caben la producción, el trabajo, el comercio, la política, la ciencia, las comunicaciones y la información» (Edo, 2000: 64-65).

Los datos proporcionados en Internet por todo tipo de fuentes —que van desde las profesionales, interesadas o no, al mero ciudadano que expone sus vivencias privadas, y que cualitativamente oscilan entre el rigor académico y el puro chisme, la intoxicación y la mentira— son ofrecidos con voluntad de ser públicos y, por tanto, de ser compartidos y utilizados por quien lo considere oportuno, un planteo que ya deja sobre la mesa un sinnúmero de problemas importantes que no son fáciles de resolver (entre los que cabe destacar la vulneración de derechos fundamentales y de propiedad intelectual y, generalmente asociado a éstos, la sobreabundancia de informaciones falsas y lesivas).

Se habla de «democratización» de la Red para referirse a la participación ciudadana en la producción de contenidos; «la nueva visión de Internet se apoya en las comunidades de los *internautas* para generar materiales comunicables. El protagonismo recae cada vez más directamente sobre el e-ciudadano, entre cuyas características se aprecia la desconfianza hacia la cosmovisión de la cúpula del poder y su utilización de las redes para canalizar la contestación. A título de ejemplo, sólo en España hay más de medio millón de *blogs* que incluyen menciones a empresas y cada vez es mayor el número de trabajadores que los utilizan para airear su descontento» (Sánchez, 2008: 65).

Bien está el ejemplo de los *blogs* citados, pero esos «materiales comunicables» referidos a empresas y personas y «producidos» por e-ciudadanos «descontentos» ¿tienen alguna calidad y control de veracidad para ser considerados como «información»? Muchos de ellos, no. «El «periodismo cívico», cuando se reduce a su caricatura, y el irreflexivo «periodismo ciudadano» pueden ser los nuevos señuelos surgidos desde el peor populismo con el que las malas empresas periodísticas pretendan lavar su imagen ante unos ciudadanos fácilmente acomodaticios» (Dader, 2009: 164).

Ante un movimiento social que algunos definen como «ciberdemocracia», han ido apareciendo barreras que limitan el optimismo en el «micropoder» de los ciber-nautas que postulan autores como Cremades: «El *micropoder* obligará a entrar en un nuevo tipo de juego, en el que el poder constituido necesitará buscar la alianza con el ciudadano y comprender que los tiempos del ostracismo y del despotismo han quedado relegados a favor de la transparencia» (Cremades, 2007).

Pero ese «poder constituido», desde hace algo más de una década, al menos en España, está obrando en sentido contrario, con una deriva hacia el despotismo y oscurantismo mediante legislaciones *ad hoc* que, pretendiendo defender los derechos de todos, defienden, *de facto* y fundamentalmente, los derechos de quienes tienen poder y cosas que ocultar frente a quienes aspiran a una sociedad transparente en todos los ámbitos que le sean relevantes (y sólo en estos), con un derecho de acceso a la información, a datos de relevancia pública, y de comunicación de esos datos, que sea claro y no esté sometido a una legislación hipócrita, que dice permitir (Art. 20 de la Constitución) lo que de hecho proscribía mediante desarrollos legislativos que impiden la transparencia informativa.

A menudo se cita con entusiasmo y admiración el presente y futuro del periodismo ciudadano, mencionando notables ejemplos pioneros de medios digitales y redes web, tales como *Jane's Intelligent Review* (USA), *OhMyNews* (Corea del Sur), *JanJan* (Japón), *Get Local News* (USA), basadas en este tipo de informadores y que han logrado gran reconocimiento e influencia (García de Madariaga, 2006: 212-213), pero se olvida que la legislación específica de esos países, y de muchos otros, facilita y potencia la transparencia informativa y tiene poco que ver con el marco legislativo tan restrictivo que regula y obstaculiza el ejercicio del periodismo, ya sea *amateur* o profesional, en España.

De toda la legislación española en la que podríamos fijarnos, en este artículo analizaremos una pequeña parte del corpus que reglamenta el derecho a la «autodeterminación informativa». La legislación española que lo regula es *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD), en vigor desde enero de 2000, y su reglamento, promulgado por el *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* (RDLOPD). Esta legislación transpone diversas directivas europeas, fundamentalmente la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 24 de octubre, 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*. El organismo encargado de velar por la aplicación de esta legislación y de sancionar sus incumplimientos es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

El principal referente jurisprudencial constitucional para delimitar la «autodeterminación informativa» se encuentra en los fundamentos de derecho 6 y 7 de la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional; y es un derecho fundamental de capital importancia en una sociedad volcada hacia la tecnología digital, capaz de hacer accesibles todo tipo de datos personales, ya sea para usos comerciales ilegítimos (Sánchez, Silveira y Navarro, 2003), o para otros usos que pueden vulnerar no sólo la intimidad sino también la privacidad (Freixas Gutiérrez, 2001; Pérez Luño, 2005).

La LOPD es «de aplicación a los datos de carácter personal¹ registrados en soporte físico,² que los haga susceptibles de tratamiento,³ y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado» (Art. 2.1).

La LOPD no permite ninguna excepción aplicable al periodismo y/o a cualquier otra actividad relacionada con el manejo, profesional o no, de información (Art. 2.2 LOPD y Art. 2.2 y 2.3 RDLOPD). A pesar de que el artículo 9 de la *Directiva 95/46/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa dispuso que podían regularse exenciones y excepciones favorables al trabajo periodístico,⁴ nuestros legisladores no lo consideraron preciso, obligando, en consecuencia, a que cada conflicto relacionado con la protección de datos deba ser dirimido en sede judicial contencioso-administrativa, arrastrando a periodistas y a cualesquiera otros informadores no profesionales a situaciones que técnicos de la propia AEPD etiquetan como «complejas» (Martínez, 2007: 55) y que a menudo parecen absurdas y siempre resultan muy onerosas.

Autores como Lucas Murillo (2007: 22) señalan que el marco general de la ley de protección de datos carece de normativa adecuada para afrontar «ámbitos especialmente complejos», tal como lo es el ejercicio de la libertad de información, y ante la proliferación y complejidad definitoria, funcional y normativa que afecta a los medios de comunicación de Internet, otros muestran su pesimismo al afirmar que «la legislación tardará en regular debidamente [estos medios] otros diez años» (Cazurro, 2008: 241).

Las limitaciones e impedimentos, con frecuencia insuperables, que la LOPD supone para el ejercicio profesional del periodismo son muchas y enormes (Rodríguez: 2009a y 2009b) —máxime para el periodismo digital: «con la llegada de los medios de comunicación *on line* (...) es casi imposible el cumplimiento al cien por cien de la normativa española en la materia y su adaptación y mantenimiento diario» (Cazurro, 2008: 237)—, pero seguidamente analizaremos solamente uno de sus aspectos, el de la incidencia que tiene el concepto

¹ Para la LOPD, datos de carácter personal son «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» (LOPD Art. 3a). «Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables» (RDLOPD Art. 5f).

² Para la LOPD, los datos almacenados en un soporte físico constituyen un fichero, que es «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso» (LOPD Art. 3b).

³ La LOPD define el tratamiento de datos como las «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» (LOPD Art. 3c).

⁴ «En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión» (Art. 9 de la *Directiva 95/46/CE*).

de «fuente accesible al público», definido por la ley, en relación a los datos de carácter personal alojados en Internet y que son usados o publicados por periodistas y ciudadanos en general.

2. Concepto de «fuente accesible al público» según la LOPD

Las informaciones que elaboran y publican los periodistas proceden de muchas y diferentes fuentes que «proporcionan contenidos, datos o argumentos» (Mayoral: 2005, 94) y aunque, en los manuales especializados, puede encontrarse clasificaciones diversas sobre los tipos de «fuentes», no parece haber discrepancia sobre lo que puede ser considerado una «fuente pública», que vendría a ser aquella, personal o documental, que pueda citarse como origen de una información o dato.

La práctica profesional no sólo toma por fuente pública a toda aquella que puede citar abiertamente sino, en igual medida, a todas aquellas a las que puede acceder libremente, ya sea en virtud del rol específico que le otorga su trabajo (acceso a sentencias, dictámenes, informes, publicaciones, comunicados de entidades públicas y privadas...), o en base al ejercicio de los derechos que le asisten también como ciudadano, tales como poder acceder a los registros públicos.

En general se considera que «todo» lo que permite acceder a la información que contiene sin poner impedimento ni condición ningunas es público y, por ello, puede usarse sin restricción los datos obtenidos para elaborar los productos informativos que se considere oportunos y comunicarlos por los canales que se consideren más adecuados, ya sean medios de comunicación tradicionales, medios digitales, webs, blogs o cualquiera otros.

Máxime si se busca amparo en la doctrina constitucional que, interpretando la expresión «cualquier medio» del Art. 20d de la CE —derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»— avala que «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (STC 12/1982 de 31 de marzo, FJ 3). Sin embargo aquí se refiere a difundir «ideas y opiniones», no datos o informaciones, por lo que puede entenderse que se avala la libertad de expresión a través de «cualquier medio», aunque no así la libertad de información.

En realidad, no toda fuente «pública» es tal, antes al contrario. Desde la entrada en vigor de la LOPD, en el año 2000, lo que puede y debe considerarse como «fuente accesible al público» está definido por ley y se reduce a un listado tremendamente limitado.

Según el artículo 3.j de la LOPD, fuentes accesibles al público son «aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.

Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación».

El listado de lo que es una fuente accesible al público queda estrictamente restringido a lo enumerado en el artículo 3.j y posteriormente confirmado en su desarrollo reglamentario,⁵ es una relación cerrada, que no permite ni admite modificar ese listado ni interpretarlo con flexibilidad, así es que ninguna otra fuente «accesible públicamente» puede ser considerada como «fuente accesible al público» y, por ende, los datos procedentes de fuentes no incluidas en ese restrictivo listado de la LOPD no pueden ser obtenidos, tratados ni comunicados⁶ al margen de los requerimientos de la propia LOPD, un hecho que, en relación a los datos que debe manejar cualquier periodista, supone que muchos datos «públicos», de uso habitual para elaborar informaciones, quedan estrictamente prohibidos y la mayoría de datos básicos para el contacto (teléfono, e-mail, etc.) quedan condicionados a la obtención de la autorización fehaciente de sus titulares para poder usarlos (Rodríguez, 2009b: 420-423).

El listado de fuentes que la LOPD considera como legítimamente accesibles al público, analizado con algún detalle, es el siguiente:

1. El «censo promocional», que es una variante comercial del censo electoral elaborada por el Instituto Nacional de Estadística para que las empresas de marketing directo puedan negociar con los datos personales de los ciudadanos. Es una herramienta elaborada bajo presión de las grandes empresas de promoción de productos y servicios, pero que no tiene interés para periodistas y particulares. Hasta la fecha no ha salido el reglamento que regule este tráfico de datos y todavía no se comercializa.
2. Los datos incluidos en las guías telefónicas —«repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica» para la LOPD—, ya sea en su versión impresa u on-line, son utilizables, pero sólo durante un año a partir de su publicación en soporte papel o de su adquisición en algún soporte telemático (Art. 28.3). Así pues, usar, tratar o comunicar un dato personal procedente de una guía telefónica de más de un año está prohibido y es sancionable.

⁵ El artículo 7 del Real Decreto 1720/2007 —«Fuentes accesibles al público»— regula con gran espíritu restrictivo que: «1. A efectos del artículo 3, párrafo j) de la Ley Orgánica 15/1999, se entenderá que sólo tendrán el carácter de fuentes accesibles al público: a) El censo promocional; b) Las guías de servicios de comunicaciones electrónicas; c) Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional e indicación de su pertenencia al grupo. La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica; d) Los diarios y boletines oficiales; e) Los medios de comunicación social.»

⁶ Para la LOPD cesión o comunicación de datos es «toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado» (LOPD Art. 3.i), considerando que afectado o interesado es la «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento» (LOPD Art. 3.e), esto es, la persona a quien identifican o se refieren los datos obtenidos, guardados, utilizados o publicados.

3. En el mismo caso anterior están «las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales», es decir, los directorios de colegiados o agremiados de cualquier profesión y oficio y las útiles e indispensables guías de profesionales de cualquier disciplina. En términos de elaboración de informaciones periodísticas vendría a significar que resulta sancionable comunicar que un sujeto estuvo (o no) colegiado en un determinado Colegio Profesional en 2007, mientras tenía su despacho profesional en tal calle determinada, si ese dato concreto del colegiado no aparece en el directorio del año en curso, puesto que el dato de ese año anterior no puede considerarse como procedente de una fuente accesible al público y es sancionable su uso (inconsentido) por cualquier ciudadano.
4. Por ley «los diarios y boletines oficiales», locales, provinciales, autonómicos y estatales, deben ser públicos, por lo que la LOPD no pudo quitarles la categoría legal de «fuentes accesibles al público», pero ello no ha sido óbice para que la AEPD haya sancionado severamente a ciudadanos y empresas que han tratado datos procedentes de esos boletines oficiales «públicos», ni tampoco es obstáculo para que la AEPD propugne que debe impedirse que los motores de búsqueda de Internet indexen y hagan accesible la información contenida en todas estas fuentes oficiales de las Administraciones (AEPD, 2008a: 37),⁷ eliminando así una vía fundamental para poder ejercer el periodismo con eficacia.
5. Por último, también los «medios de comunicación» son considerados legalmente como fuentes accesibles al público, pero si un periodista (o un ciudadano), basándose en la información «pública» que encuentra en los medios de comunicación, publica en su web o blog un listado con los nombres de los políticos, sindicalistas o sacerdotes de su comunidad, o con los de los delincuentes sexuales juzgados y condenados, se expone a una gravísima sanción económica de 300.506,05 euros por parte de la AEPD.⁸

⁷ En el apartado de Recomendaciones Ejecutivas de la *Memoria de la AEPD de 2007* se establece que «es un deseable objetivo la adopción de medidas que restrinjan la captación de información en Boletines y Diarios Oficiales (...) La información publicada suele incluir datos personales y es también captada por los motores de búsqueda en Internet, multiplicando las posibilidades de acceso y dificultando el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición. Esta situación aconseja impulsar los procedimientos que, sin afectar la función propia de los diarios oficiales, limite su captación por los motores de búsqueda en Internet.»

⁸ Para la LOPD «sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias» (Art. 7.2); «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente» (Art. 7.3); «Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual» (Art. 7.4); y «los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes» (Art. 7.5).

En esta línea es muy esclarecedora la sanción de 300.506,05 euros impuesta por la AEPD a una empresa por tratar un dato político público sin consentimiento expreso del titular del dato. En este caso, el entonces Director del Gabinete del Viceconsejero de Seguridad del Gobierno Vasco recibió en su despacho una carta invitándole a un acto y en el sobre, además del nombre, apellido y dirección profesional del político, aparecían las siglas «PNV». Aunque la adscripción partidista de ese denunciante era pública, su nombramiento había aparecido en el Boletín Oficial del País Vasco y sus datos constaban en la guía de comunicación del Gobierno Vasco, el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de enero de 2006, ratificó la sanción de la AEPD en base al tratamiento de un dato relacionado con la ideología personal sin el consentimiento expreso del afectado.⁹

Para perfilar en lo que vale el listado restrictivo y excluyente de «fuentes accesibles al público» legislado por la LOPD, en su artículo 28, titulado «Datos incluidos en las fuentes de acceso público», se establece que «Las fuentes de acceso público que se editen en forma de libro o algún otro soporte físico, perderán el carácter de fuente accesible con la nueva edición que se publique. En el caso de que se obtenga telemáticamente una copia de la lista en formato electrónico, ésta perderá el carácter de fuente de acceso público en el plazo de un año, contado desde el momento de su obtención» (Art. 28.3).

Esta restricción se aplica al censo promocional, a las guías telefónicas y a los listados de profesionales, pero, en principio, nada excluye que pueda ser aplicada al resto de «fuentes accesibles al público» listadas en el Art. 3.j., entre las que no se cita un medio tan fundamental como es el libro ¿Son datos personales accesibles al público los contenidos en todos los libros editados y disponibles? Como en tantos otros aspectos de la LOPD, la respuesta sólo se sabrá cuando, tras sanciones y sentencias en las que los ciudadanos actuarán de cobayas, se establezca una norma jurisprudencial.

Es todo un indicio de la mentalidad con la que se aplica la LOPD saber que para el responsable del Gabinete Jurídico de la AEPD, Agustín Puente Escobar, las revistas científicas no pueden ser consideradas fuentes accesibles al público (AEPD, 2008b: 10), con todas las limitaciones legales y de uso que ello implica.

De momento, debe resaltarse que la AEPD tiende a aplicar literalmente la letra del articulado de la LOPD, máxime cuando a falta de claridad o previsión del legislador —un hecho muy frecuente en este ámbito— el artículo 44.4.b obliga a considerar como infracción muy grave cualquier «comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas», y si no media consentimiento fehaciente del titular del dato, en la mayoría de los datos personales usados por periodistas puede aplicarse el artículo citado, especialmente cuando se comunica a través de la Red.

Las sanciones por infracción del Art. 6.1 de la LOPD (consentimiento para tratar datos personales) han afectado a cientos de ciudadanos, pero también a

⁹ Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta. Sentencia de 25 de enero de 2006.

periodistas. Un ejemplo clarificador y paradigmático es el de la revista *Ocu Salud*, sancionada¹⁰ por haber publicado en su número 48 y en su revista digital una investigación en la que demostró, con nombres y apellidos, cómo médicos recetaban antibióticos innecesarios y farmacéuticos los vendían sin la preceptiva receta, poniendo en riesgo la salud pública.

Ese trabajo periodístico, modélico desde el punto de vista profesional, mereció también el reproche del Tribunal Constitucional, que avaló la sanción en base a la LOPD al ratificar una «intromisión en el derecho a la autodeterminación informativa» de los médicos y farmacéuticos que habían trasgredido la legislación vigente; y aunque «tal intromisión responde a un objetivo legítimo (...) podía haberse alcanzado por otros medios».¹¹ ¿Qué «otros medios», justos y concretos, pueden identificar a médicos y farmacéuticos peligrosos para la salud pública que no sea citando sus datos personales y probando sus conductas? No parece que cumpla el deber constitucional de veracidad y diligencia un periodismo que generalice la sospecha de modo anónimo e irresponsable, sin embargo, esto es lo que parece avalar el propio Tribunal Constitucional y, obviamente, la LOPD.

Los tribunales españoles, como norma básica, entienden que «en principio, ha de rechazarse la posibilidad de que terceros accedan a datos personales que no obran en fuentes accesibles al público y no cuenten con el consentimiento del afectado o medie la autorización de la Ley».¹²

3. Los sitios web no son fuentes accesibles al público según la LOPD y la AEPD

Los periodistas, pero también el resto de ciudadanos, acuden cotidianamente a Internet para recabar con fines de uso un amplio caudal de datos personales que son accesibles, sin impedimento ninguno, a través de la Red, ya sea acudiendo a webs de entidades públicas o privadas, o a algunas de entre las millones de webs personales que conforman el World Wide Web.

Según un estudio, «para los periodistas las principales ventajas que les proporciona Internet están claramente identificadas con la búsqueda de información. La red les permite localizar información rápidamente, les ofrece la posibilidad de identificar nuevas fuentes para sus artículos y reportajes y les abre las puertas a nuevos hechos noticiables» (Masip Masip, 2003: 10).

Puede parecer insensato dudar de lo obvio, pero la LOPD ha hecho que lo que parece indiscutible a todos no lo sea para la AEPD. Un 83 % de los alumnos de último curso de Periodismo de la UAB, matriculados en una asignatura muy especializada, piensan que los sitios web tienen la consideración legal de fuentes

¹⁰ Resolución sancionadora de la AEPD de fecha 5 de septiembre de 2005, confirmada por Sentencia de fecha 12 de enero de 2007 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sobre autos 331/2005.

¹¹ Auto 155/2009 de 18 de mayo de 2009 de la Sección Tercera del Tribunal Constitucional.

¹² Sentencia número 8722/2006, de 18 de setiembre de 2006, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Recurso 274/2002.

de acceso público.¹³ Probablemente no estaría por debajo de este porcentaje la percepción de los profesionales en ejercicio, pero, la AEPD, que interpreta, aplica y controla esta normativa, impone en sus sanciones la doctrina contraria: un web no es una fuente accesible al público y, por ello, los datos personales que contenga deben cumplir toda la normativa de la LOPD.

La AEPD, en sus resoluciones sancionadoras (véase como ejemplo el Procedimiento número PS/00382/2007 y su resolución R/00386/2008, de fecha 14 de abril de 2008), utiliza siempre una misma línea argumental para analizar los casos de datos personales situados en páginas web. Entre sus fundamentos de derecho, comienza identificando la definición de «fichero» de la LOPD con su equivalente de la *Directiva 95/46/CE*, recuerda la vinculación que ambos textos —en su Art. 3.c y 2 respectivamente— hacen entre «fichero» y «tratamiento de datos» y acaba acogiendo a la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 6 de noviembre de 2003, dictada en el asunto C-101/01, caso Lindqvist, en el que se examinó la aplicación de la *Directiva 95/46/CE* a un tratamiento consistente en publicar datos personales en Internet.

En lo sustancial, esta sentencia del TJCE, basándose en la *Directiva 95/46/CE*, en sus apartados 24 a 27, establece que: «El concepto de «datos personales» (...) comprende (...) «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (...) En cuanto al concepto de «tratamiento» de dichos datos (...) éste comprende (...) «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales». Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole (...). A este respecto, es preciso observar que difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada. Por tanto (...) la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales»».

En la jurisdicción contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional, desde la sentencia del TJCE sobre el caso Lindqvist, viene aplicándose exactamente la

¹³ Dato procedente de una investigación actualmente en curso. La muestra estudiada son alumnos matriculados en una asignatura muy técnica y especializada: Periodismo de investigación. Para contextualizar mejor ese 83 % de convencidos de que la información de las webs es legalmente pública, resulta interesante saber que sólo un 19 % citó a la LOPD como una ley que regula y limita el ejercicio del periodismo, y que sólo un 22 % declaró conocer la existencia de la normativa sobre protección de datos.

doctrina citada para resolver los recursos contra las resoluciones sancionadoras de la AEPD.

Para la Audiencia Nacional, «un sitio Web exige siempre cualquiera que sea su finalidad una organización o estructura que permita el acceso a la información en él contenida por terceros. Cumpliría así la primera de las exigencias de un fichero, la estructural u organizativa. Pero es que además, y esto es obvio, el sitio Web 'www.xxxx.xx1' contuvo datos de carácter personal, precisamente los referidos al denunciante, que fueron difundidos a través de dicho sitio, lo que supone tratamiento en el sentido antes expresado. Si hubo tratamiento de datos de carácter personal consistente en la incorporación y difusión de éstos desde una estructura organizada (fichero) como era el sitio Web, es indudable que el régimen de protección contenido en la Ley Orgánica 15/1999 es plenamente aplicable, sin que altere la anterior conclusión el hecho de [que] los datos tratados se refieran a una sola persona pues la ley no exige en ningún caso la existencia de una pluralidad de personas afectadas para que podamos hablar de tratamiento y fichero» (FJ 4).¹⁴

También el Tribunal Supremo mantiene el mismo criterio doctrinal ante hechos parecidos. Así, al confirmar una sanción de 360.607,26 euros impuesta por la AEPD a una asociación que publicó en su web los nombres de varios funcionarios públicos, merecedores de la mayor repulsa social, el TS concluyó que: «Debe precisarse que las concretas conductas sancionadas, nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación a la tortura y a la denuncia de tan execrable práctica. La probada publicación vía Internet de lo que sin duda y como hemos dicho constituye un fichero (*art. 3 de la LORTAD*) con los nombres y apellidos de funcionarios públicos denunciados por la comisión de delitos de maltrato o tortura no es una manifestación de los derechos a la libre expresión, y a la información (...) sino una clara vulneración del derecho fundamental consagrado en el apartado 4 del art. 18 de la Constitución (...) infringiendo el art. 11 de la Ley 15/99, cuyo artículo 3, en su apartado i) define la cesión o comunicación de datos como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado"» (STS 3164/2008, FJ 9).¹⁵

Queda claro que colocar en un web datos de cualquier tipo (incluidas fotografías y grabaciones de video y voz) que permitan identificar a una persona es un hecho sancionable sin remisión, máxime cuando, tal como es habitual en Internet, no se cuenta con el consentimiento fehaciente e informado¹⁶ de los «afectados» para poder incluirlos en ese «fichero» que es cualquier web.

¹⁴ Sentencia de 17-03-2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, sobre el Recurso contencioso-administrativo núm. 621/04 interpuesto ante la Resolución de fecha 2 de noviembre de 2004 de la Agencia Española de Protección de Datos.

¹⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta, Sentencia 3164/2008, de 26 de junio de 2008, sobre Recurso 6818/2003. Identificador Cendoj: 28079130062008100199.

¹⁶ Se precisa «consentimiento informado» para los datos guardados en ficheros: «Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco» (Art. 5.1) de todos los derechos que les con-

Pero ¿qué sucede si se utilizan los datos de carácter personal disponibles y accesibles en un web, tal como hacen todos los periodistas y ciudadanos en general? Pues exactamente lo mismo, su uso puede ser sancionable.

En primer lugar, para la AEPD un web es un mero «fichero» sometido a la LOPD y, tan o más importante todavía, Internet no es ningún «medio de comunicación social» sino un simple «canal de comunicación» (AEPD, 2008b: 10), por lo que jamás puede considerarse una «fuente accesible al público» y, en consecuencia, sus datos no pueden obtenerse, tratarse ni comunicarse sin el consentimiento fehaciente de los titulares de esos datos.

A modo de ejemplo clarificador, pongamos el caso (nada hipotético) de un periodista que visita las webs personales de una docena de políticos, sindicalistas, obispos y ciudadanos gambianos a fin de obtener sus currículos y sus datos de contacto, que guarda en un fichero en su ordenador para ulteriores trabajos periodísticos.

Las sanciones a que se hace acreedor ese profesional son enormes, dado que vulnera buena parte de la normativa fundamental de la LOPD, entre ella: mantiene un fichero sin registrarlo previamente ante la AEPD (Art. 26.1), obtiene datos de fuentes no accesibles al público (Art. 3.j), trata esos datos sin el consentimiento fehaciente de sus propietarios (Art. 5, 6 y otros), genera un fichero con «datos especialmente protegidos» (Art. 7.4),¹⁷ los comunica a terceros...

A esta doctrina monolítica le surgen algunas posturas jurídicas discrepantes, como la sentencia 2148/2007, de 24 de abril, de la Audiencia Nacional, que anuló una sanción de la AEPD —por publicar en un web datos de carácter personal sin consentimiento— aduciendo que lo publicado en la web origen de los datos comunicados por un tercero debía considerarse como divulgado en un «medio de comunicación».

«A los efectos que aquí nos interesan y en un caso como el presente, en el que una persona publica conscientemente sus datos de carácter personal en su página web, sin establecer ninguna limitación (...) y a la que puede acceder cualquier usuario de la red sin ningún tipo de cortapisa, debe considerarse esa información

cede la Ley como propietarios de esos datos; y «cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca (...) dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos» (Art. 5.4). «El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa» (Art. 6.1). La LOPD concede el derecho de acceso a los datos guardados en ficheros profesionales a todos los «interesados» que figuren en ellos. «El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos» (Art. 15.1). Al acceso le va unido el derecho de rectificación y cancelación de datos (Art. 16.1).

¹⁷ «Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual» (Art. 7.4). Transgredir esta norma es una infracción muy grave, sancionable con entre 300.506,05 a 601.012,10 euros (Art. 44 c y 45).

publicada voluntariamente por el propio afectado en su página web de Internet, como divulgada en un 'medio de comunicación', a los efectos del artículo 3.j) LOPD que comentamos. El tratamiento de dichos datos, sin haber sido objeto de manipulación o alteración, recogidos de una fuente de acceso público en la que fueron divulgados voluntariamente por el interesado, sin restricciones, no requiere el consentimiento del afectado según la excepción que contempla el apartado 2 del artículo 6 LOPD.» (SAN 2148/2007, FJ 4).¹⁸

A pesar de la sensatez a la que se acoge este razonamiento jurídico —en parte posibilitado gracias a que en el web origen de los datos se explicitaba la renuncia a todo copyright—, no es más que una rara excepción, ya que, para la LOPD, un web sólo es un fichero automatizado sometido a su normativa y que no tiene la consideración de «fuente accesible al público».

4. Consideración de los blogs y foros en Internet para la AEPD

La denominada *blogosfera* ha alcanzado en poco tiempo una dimensión inmensa, con millones de bitácoras lanzando opiniones y datos a la Red, y un éxito rotundo que ha permitido situar en altas cotas de influencia a blogs con contenidos específicos y relevantes.

Los blogs, en su inmensa mayoría, expresan las opiniones de ciudadanos corrientes sobre lo que consideren oportuno, pero «si muchos de los *blogs* que nacen se dedican al periodismo *amateur* o cuasi profesional, no resulta extraño que los propios periodistas se conviertan en uno de los colectivos de bitacoreros más significativos (...) los *blogs* de periodistas han proliferado llamativamente tanto por iniciativa particular, como a través de los medios en los que trabajan» (García de Madariaga, 2006: 210).

Estos blogs de periodistas, o *j-blogs*, suelen tener un gran interés por permitir comunicar informaciones —en contenido y forma— y opiniones que, por diversas razones, el profesional no puede expresar del mismo modo en el medio para el que trabaja. «Los periodistas (...) han elegido en muchos casos otro tipo de personalización periodística que consiste en tener un *site* propio en Internet. Una página desde la que pueden ofrecer sin ningún tipo de límites sus informaciones o los rumores a los que han tenido acceso. La fecha en la que una iniciativa de este tipo se puso de actualidad por primera vez es fácil de recordar. Fue en enero de 1998 cuando Matt Drudge incluyó en su *web*, cuyo nombre es *The Drudge Report*, una conversación grabada que *Newsweek* se había negado a publicar porque era una información sin verificar. En aquel momento se hizo pública la relación entre el presidente Bill Clinton y la becaria Monica Lewinsky» (Edo, 2005: 214-215).

Aunque en muchos blogs el periodista reproduce la información publicada en el medio al que pertenece, es frecuente que ésta contenga nuevos puntos de vista

¹⁸ Sentencia 2148/2007 de 24 de abril de 2007 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 1, Recurso nº 304/2005. Identificador Cendoj: 28079230012007100318.

más personales y cercanos a los intereses de cada autor, por lo que, ciertamente, con ese valor añadido, «la blogosfera refuerza su papel en la sociedad de la información» (Palomo y Meso, 2009: 110); pero debe saberse que lo que se escribe en un blog no tiene la misma consideración ni protección jurídica que lo que se publica en un medio de comunicación.

Respecto a blogs y foros, el criterio de la AEPD, sustentado por la LOPD y por una variada muestra doctrinal procedente de sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional, es idéntico al aplicado a los sitios web, por lo que están sometidos a la normativa de la LOPD, aunque por su funcionamiento peculiar puedan darse también razonamientos jurídicos específicos.

La AEPD, en sus resoluciones, además de repetir los criterios ya citados para justificar que un web es un fichero automatizado y que no es una fuente accesible al público, y de argumentar que blogs y foros están siempre insertos en alguna web, añade aspectos valorativos específicos a tener en cuenta al referirnos a estas herramientas del Web 2.0.

En primer lugar, tal como expone la AEPD en su Resolución R/00066/2009, de 30 de enero de 2009 (Procedimiento TD/01327/2008), «ha de resaltarse que los comentarios introducidos en los blogs de Internet por los particulares constituyen una manifestación de la libertad de expresión proclamada en el artículo 20 de la Constitución Española de 1978 (...) La expresión «cualquier medio» recogida en los preceptos constitucionales transcritos, permite admitir todo medio capaz de realizar dicha reproducción o difusión. La falta de especificación hace que sea admisible cualquier procedimiento de divulgación, debiendo sólo aplicar una interpretación restrictiva fundada en la protección de otros derechos constitucionales (...) De acuerdo con la citada interpretación la libertad de opinión e información, encuadradas en el artículo 20 de la C.E. tiene su límite en los derechos reconocidos en el Título I de la C.E. entre los que se encuentra el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (artículo 18)».

Tal como es norma jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales sólo se acepta cuando los hechos comunicados se consideren de relevancia pública y veraces (aunque la veracidad no es impedimento para que los datos personales deban ser cancelados en virtud de la LOPD).

Cuando los datos no se refieran a una persona (y hecho) con relevancia pública, lo divulgado en un blog o foro está sometido, entre otros, al imperio de la LOPD; la postura de la AEPD es clara y tajante: «Por todo ello, cabe proclamar que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la RED sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet. Si requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación incontestada de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito), no es menos cierto que resulta palmariamente legítimo que el ciuda-

dano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar basilar del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal» (AEPD, R/00066/2009).

Sin embargo, conviene insistir en que las valoraciones jurisprudenciales citadas, que rigen para lo publicado en medios de comunicación, no son aceptadas por la propia AEPD cuando se trata de datos publicados en webs, blogs o foros, ya que los considera meros ficheros automatizados y fuentes no accesibles al público, por lo que todo dato personal publicado en ellos, aunque sea veraz y de interés público, puede ser sancionable.

En segundo lugar, aunque según la LOPD el responsable de un fichero (un web, por ejemplo) siempre es el responsable de las infracciones relacionadas con los datos que contiene, en el caso de foros y blogs hay matices a tener en cuenta, así: «lo que se comprueba es que el participante en el foro es el que incluye sus opiniones y los datos que desee, así como que es la persona que puede retirar los datos incluidos» (AEPD, R/00135/2008 de 11 de febrero de 2008, Procedimiento PS/00326/2007), por lo que el titular de un web con foro puede tener graves problemas si no es capaz de identificar ante la AEPD al responsable de una determinada información (una capacidad que obliga a implementar medidas técnicas para identificar a los participantes y a registrar los ficheros de control ante la AEPD).

Sin embargo, el rasero que se aplica para responsabilizar y sancionar a los titulares identificables de webs (ya sean personas físicas o jurídicas), no rige para los grandes intermediarios de información en la Red, que ganan millones de euros con la publicidad que se genera en los accesos a datos alojados en sus servidores y sobre los que, aunque fueren sancionables, no adquieren responsabilidad.

Un ejemplo de este proceder lo encontramos en el expediente de archivo de actuaciones E/01485/2007, de 4 de marzo de 2009 de la AEPD: «Un «blog» es un sitio Web fácil de usar en el cual se puede, entre otras cosas, expresar rápidamente opiniones e interactuar con otros usuarios. En este caso concreto, se trata de un servicio proporcionado por la compañía Google y el usuario es responsable de todas las actividades que ocurran bajo su nombre de usuario, de las entradas que se publiquen y de las consecuencias derivadas. Google no supervisa el contenido del «blog» y, por tanto, no se hace responsable del contenido (...) En consecuencia, no se ha podido identificar a la persona que ha creado y que ha cancelado el citado «blogspot» y que ha publicado la citada carta conteniendo la información con datos sensibles, por lo que, siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, procede aplicar el principio de presunción de inocencia al carecer de elementos probatorios suficientes que permitan imputar al XXX la vulneración del artículo 10 de la LOPD».

Los grandes traficantes de información que, en sus plataformas para foros y blogs, posibilitan y permiten la inmensa mayoría de las infracciones graves a la LOPD que puede encontrarse en la Red, no son sancionables ya que no están

obligados a obtener una identidad fehaciente de sus usuarios y la legislación actual optó por no hacerles responsables subsidiarios de las transgresiones que posibilitan a pesar de que su negocio se beneficia y mucho con tal falta de control, una ventaja de la que no goza ningún ciudadano ni profesional que use la Red para comunicar, sin lucrarse, lo que estime oportuno.

5. Acceso y uso de datos personales procedentes de registros públicos accesibles a través de Internet.

Actualmente las bases de datos de buena parte de los registros públicos son accesibles a través de la Red. Pagando la contraprestación que en cada ocasión se solicite, se obtienen los ficheros digitalizados con los datos que, sobre cada consulta, figuren en registros como el mercantil, el de la propiedad inmobiliaria, asociaciones, catastro, etc.

Tal facilidad de acceso y la denominación de «registros públicos», sin embargo, no debe hacernos perder de vista que el artículo 3.j de la LOPD no los considera «fuentes accesibles al público» y, en consecuencia, es sancionable todo tratamiento, cesión y comunicación de los datos de carácter personal procedentes de esos registros públicos.

Un buen ejemplo de que los datos de un archivo público como el Registro Mercantil están sometidos a la LOPD lo encontramos en la sentencia de 17 de marzo de 2006 de la Audiencia Nacional¹⁹ que, entre otros, argumenta —respecto al directivo empresarial que denunció ante la AEPD la publicación en un web de datos personales procedentes de ese registro— que «no puede negarse, por el hecho de ser órgano de una sociedad mercantil y como tal aparecer publicados sus datos en el Registro Mercantil, el derecho a la autodeterminación informativa. En cuanto a la consideración del Registro Mercantil como fuente accesible al público, la Ley Orgánica 15/1999 establece un concepto general de las fuentes accesibles al público (...) se considera (...) que es fuente accesible al público cualquier fichero que se encuentre debidamente publicado, siempre que ninguna norma limite dicha publicación, por lo que en principio el Registro Mercantil lo sería. Sin embargo (...) la LOPD realiza una enumeración taxativa (...) Al no aparecer entre las enumeradas el Registro Mercantil, es claro que a los efectos de la protección de datos de carácter personal no tiene esta consideración.

»Además de estos razonamientos de carácter general (...) interviene en este caso una prevención concreta (...) En la información facilitada por el Registro Mercantil de 'LOCALIDAD C' se hace una advertencia en el siguiente sentido: 'Queda totalmente prohibida la incorporación de los datos que se contienen en este documento a bases o ficheros informatizados que puedan ser susceptibles de consulta individualizada por personas físicas o jurídicas, y ello aunque se exprese

¹⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, Sentencia de 17 de marzo de 2006 (FJ3), sobre el Recurso contencioso-administrativo núm. 621/04 interpuesto ante la Resolución de fecha 2 de noviembre de 2004 de la AEPD.

la procedencia de la información (Instrucción D.G.R.N. de 17 de febrero de 1998)'. En definitiva, el actor tenía perfecto conocimiento de que no podía utilizar los datos personales recogidos en la certificación registral para incorporarlos a un fichero informatizado que pudiera ser objeto de consulta individualizada».

La aparente contradicción que supone este tipo de restricción al uso de información «pública» la resuelve con claridad otra sentencia de la Audiencia Nacional que, en su fundamento jurídico 7, despacha las pretensiones del recurrente contra la AEPD, argumentando que: «no cabe oponer, por más que así lo pretenda la demandante, el derecho de acceso a los archivos y registros públicos reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución (RCL 1978\2836) y regulado con carácter general en el artículo 37 de la Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246) (...) La resolución [de la AEPD] recurrida no restringe ni cuestiona el mencionado derecho de acceso a los archivos y registros públicos; sencillamente sanciona a la empresa ahora demandante por haber procedido al tratamiento y a la cesión de datos de carácter personal sin haber recabado el consentimiento de los titulares de tales datos».²⁰

En suma, aunque la LOPD no impide el acceso a los registros públicos, sanciona a quienes usan (tratan) y comunican los datos personales «públicos» procedentes de esos registros. Y si bien puede encontrarse amparo jurídico cuando tales datos se publican en un medio de comunicación y la persona y hecho son relevantes, se comete infracción cuando, según la doctrina actual, se comunican a través de un web, blog o foro o, simplemente, se guardan en un fichero en el ordenador o en cualquier otro soporte de almacenamiento.

Cabe apuntar, aunque sólo sea de modo indiciario, que esta realidad jurídica limita severamente la práctica del periodismo de investigación y el de precisión, y puede imposibilitar lo que, con sólidas razones profesionales y técnicas, proponen algunos autores al postular que desde los medios «no sólo se crearían bases de datos para la rutina productiva de los periodistas, sino que éstas mismas podrán ser accesibles a los usuarios a través de Internet» (Romero, 2005: 502).

6. ¿Es la LOPD una buena transposición de las directivas europeas sobre protección de datos?

La LOPD, en su desarrollo, incorporó las recomendaciones de directivas europeas como la ya citada *Directiva 95/46/CE*, pero al comparar los diferentes textos jurídicos salta a la vista que los legisladores españoles optaron por un marco mucho más restrictivo, garantista y sancionador que el resto de países europeos (Cazurro, 2008: 232).

En consecuencia, según datos de la Asociación Española de Economía Digital, la AEPD viene imponiendo sanciones por un monto que supone «el doble

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera. En relación al procedimiento de la AEPD PS/00131/1999 que impuso dos sanciones por importe total de 360.607,27 euros por tratar y comunicar datos profesionales sin consentimiento en una publicación periódica.

que las impuestas en toda la UE» (Muñoz, 2010), un exceso sospechoso y que desemboca en una situación absurda y lesiva para todos, que denota que algo anda muy mal en la ley y/o en su aplicación: según la última rendición de cuentas de la AEPD, el año 2008 se cerró con unos derechos pendientes de cobro que ascienden a 51.805.803,33 euros y con un saldo anual de dudoso cobro de 29.396.401,54 euros.²¹

El marco legislativo español sobre protección de datos excede, en varios aspectos fundamentales, las recomendaciones de la *Directiva 95/46/CE*, legislando algunas medidas o definiciones de modo más restrictivo y hurtando las exenciones posibilitadas por la directiva comunitaria. Una de las exenciones y excepciones clave para el ejercicio de las libertades de información y expresión, ya citada, es la que permite el artículo 9 de esta *Directiva* «en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos (...); y se recomienda en su Considerando 37.

Esta legislación «complementaria» que recomienda la directiva europea aportaría claridad y seguridad jurídica al ejercicio de la libertad de información, pero el legislador español ya ha demostrado obstinadamente —por ejemplo, eludiendo elaborar una ley de acceso a archivos y registros administrativos en base al Art. 105.b de la Constitución— que tiene escaso interés por la transparencia informativa y por facilitar un ejercicio profesional del periodismo; antes al contrario, el grueso del peso legislativo *ad hoc* favorece y potencia el oscurantismo y opacidad de datos que deben ser públicos en toda sociedad democrática.

Para poder comparar la interpretación limitadora, cuando no torticera, que se deriva de la LOPD y de su aplicación por la AEPD y por los tribunales españoles —según se desprende de las resoluciones citadas en este artículo, que resumen lo fundamental, en este ámbito, de las sanciones de la AEPD y de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, emitidas entre 2000 y 2009 en base a la LOPD—, basta con citar una sentencia del Tribunal de Justicia Europeo que en España, siempre dispuestos a invocar doctrina europea restrictiva, como el caso Lindqvist, se evita mencionar.

La sentencia sobre el asunto C-73/07 revisa cuál debe ser la correcta interpretación y aplicación de la *Directiva 95/46/CE* a un medio de comunicación que, en este caso, publica y comercializa datos fiscales públicos de los contribuyentes finlandeses. Entre los razonamientos jurídicos y doctrinales de esta importante sentencia²² destacamos los siguientes:

²¹ Cfr. Boletín Oficial del Estado, número 210, de 31 de agosto de 2009, pp. 74521-74538.

²² La sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) sobre el asunto C-73/07 es de fecha 16 de diciembre de 2008 y tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), mediante resolución de 8 de febrero de 2007, y recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de febrero de 2007.

«58 En primer lugar, como señaló la Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones y se desprende de los trabajos preparatorios de la Directiva, las exenciones y excepciones previstas en el artículo 9 de la Directiva se aplican no sólo a las empresas de medios de comunicación, sino también a toda persona que ejerza una actividad periodística.

»59 En segundo lugar, el hecho de que se publiquen datos personales con ánimo de lucro no excluye *a priori* que pueda considerarse una actividad «exclusivamente con fines periodísticos». En efecto, como señalan Markkinapörssi y Satamedia en sus observaciones y la Abogado General en el punto 82 de sus conclusiones, toda empresa persigue obtener un beneficio de su actividad. Un cierto éxito comercial puede ser incluso la condición *sine qua non* para la subsistencia de un periodismo profesional.

»60 En tercer lugar ha de tenerse en cuenta la evolución y la multiplicación de los medios de comunicación y de difusión de información. Como destacó, en particular, el Gobierno sueco, el soporte en el que se transmiten los datos, clásico como el papel o las ondas de radio, o electrónico como Internet, no es determinante para apreciar si se trata de una actividad «con fines exclusivamente periodísticos».

»61 De todo cuanto antecede resulta que actividades como las del litigio principal, relativas a datos procedentes de documentos públicos según la legislación nacional, pueden calificarse de «actividades periodísticas» si su finalidad es divulgar al público información, opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión. No están reservadas a las empresas de medios de comunicación y pueden ejercerse con ánimo de lucro.

»62 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 9 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que las actividades mencionadas en la primera cuestión, letras a) a d), relativas a datos procedentes de documentos públicos según la legislación nacional, han de considerarse actividades de tratamiento de datos personales efectuadas «exclusivamente con fines periodísticos» en el sentido de dicha disposición, si tales actividades se ejercen exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas, siendo esta apreciación competencia del órgano jurisdiccional remitente».

Las conclusiones y consecuencias doctrinales de esta interpretación de la directiva europea, al afirmar que «pueden calificarse de ‘actividades periodísticas’ si su finalidad es divulgar al público información, opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión [incluyendo Internet]. No están reservadas a las empresas de medios de comunicación y pueden ejercerse con ánimo de lucro», contradice en buena medida la política reguladora y sancionadora española en materia de protección de datos aplicada al ejercicio periodístico y a la libertad de información, especialmente a través de Internet. Pero una cuestión tan fundamental, que los legisladores le hurtan al debate y a la reparación, sólo podrá ser modificada cuando algún ciudadano español plantee una cuestión prejudicial similar y ésta sea resuelta por el alto tribunal europeo.

Para un estudioso de la comunicación, un web o portal que sistemática y continuamente —dando acceso libre o no— suministre información de interés

general o relevante destinada a un público indeterminado, adquiere la configuración y utilidad de un «medio de comunicación social», con independencia del soporte técnico empleado para ejercer su función transmisora de información y de las especificidades metodológicas —periodísticas o no— adoptadas.

Pero la AEPD se niega a dar la calificación de medio de comunicación a un web porque éste, eventualmente, para justificar la información que ofrece, podría «invocar el ejercicio y prevalencia del derecho a la libertad de información que derivaría en una prevalencia general que aboliría de facto la protección de datos personales. Y que desvirtuaría el equilibrio entre derechos sostenido sobre el derecho de la sociedad a ser informada a través de los medios de comunicación y el de los ciudadanos a la autodeterminación informática y privacidad sostenido sobre el derecho de protección de datos».²³

Este razonamiento jurídico de la AEPD resulta discutible, como poco, al restringir los derechos del Art. 20 d de la CE, en lo relativo a comunicar información, a los «medios de comunicación» (prensa, radio y televisión), que sólo son parte de los posibles «medios de difusión» que constitucionalmente pueden usarse a tal fin. En este aspecto, la LOPD y su interpretación se aleja del sentido del Art. 9 de la *Directiva 95/46/CE* según lo entiende el Tribunal de Justicia Europeo, lesionando gravemente el derecho de los ciudadanos españoles a ejercer la libertad de información a través de los medios de Internet, y sumiendo en la inseguridad jurídica el ejercicio del periodismo en y con Internet.

7. Referencias bibliográficas

- AEPD (2008a): *Memoria 2007*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos.
- AEPD (2008b): *FAQs. 1ª Sesión anual abierta de la AEPD celebrada el 22 de abril de 2008*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos. En http://www.agpd.es/portalweb/jornadas/1_sesion_abierta/common/faqs_bloque_1.pdf. [Fecha de consulta: 12/04/2010].
- Cazurro Barahona, Víctor (2008): «La protección de datos y los medios de comunicación», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 16, pp. 227-256.
- Cebrián Herreros, Mariano (2008): «La Web 2.0 como red social de comunicación e información», en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, nº 14, pp. 345-361.
- Cremades, Javier (2007): *Micropoder: La fuerza del ciudadano en la era digital*. Madrid, Espasa-Calpe.
- Dader, José Luis (2009): «Periodismo en la hipermodernidad: consecuencias cívicas de una identidad débil (y algunas vías de reconstrucción)», en *Textual & Visual Media*, nº 2, pp. 147-170.
- Edo, Concha (2000): «Las ediciones digitales de la prensa: los columnistas y la interactividad con los lectores», en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, nº 6, pp. 63-78.

²³ Procedimiento sancionador de la AEPD nº PS/00439/2009, Resolución R/00211/2010 de 26 de febrero de 2010, p. 21.

- _(2005): «El Periodismo profesional y el desafío de las *weblogs*», en AA.VV.: *Estudios de Periodística X. Las tecnologías periodísticas: desde el ayer al mañana*. Sociedad Española de Periodística, Sevilla, pp. 204-217.
- Freixas Gutiérrez, Gabriel (2001): *La Protección de Datos de Carácter Personal en el Derecho Español: aspectos teóricos y prácticos*, Barcelona, Editorial Bosch.
- García de Madariaga, José María (2006): «Del periodismo cívico al participativo: nuevos medios, viejas inquietudes», en *Zer*, nº 21, pp. 203-217.
- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (2007): «Perspectivas del derecho a la auto-determinación informativa», en «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 5, pp. 18-32. [Fecha de consulta: 12/04/2010].
- Martínez, Ricard (2007): «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», en «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 5, pp. 47-61 [fecha de consulta: 12/04/2010].
- Masip Masip, Pere (2003): «Presencia y uso de Internet en las redacciones catalanas», en *Zer*, nº 14, pp. 29-42.
- Mayoral Sánchez, Javier (2005): «Fuentes de información y credibilidad periodística», en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, nº 11, pp. 93-102.
- Muñoz, Ramón (2010): «Una nueva patronal defenderá los intereses de las empresas en Internet», en *El País*, 20 de marzo.
- Palomo, Bella; Meso Ayerdi, Koldo (2009): «Perfil y comportamiento de los autores de los blogs destacados en los ciberdiarios de Vocento», en *Anàlisi*, nº 38, pp. 99-116.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2005): «Internet y la garantía de los derechos fundamentales», en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías*, Conmemorativo del XX Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, nº 1, pp. 11-39.
- Rodríguez, Pepe (2009a): «El periodismo bajo la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», en *Cuadernos de Periodistas*, nº 16, pp. 67-88.
- _(2009b): «La agenda profesional del periodista ante la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, nº 15, pp. 409-429.
- Romero Domínguez, Lorena R. (2005): «La aplicación de las bases de datos al Periodismo», en AA.VV.: *Estudios de Periodística X. Las tecnologías periodísticas: desde el ayer al mañana*. Sociedad Española de Periodística, Sevilla, pp. 481-503.
- Sánchez Carballido, Juan Ramón (2008): «Perspectivas de la información en Internet: ciberdemocracia, redes sociales y web semántica», en *Zer*, nº 25, pp. 61-81.
- Sánchez, Ana; Silveira, Héctor; Navarro, Mónica (2003): *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria.