

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS FRENTE A LAS LIBERTADES INFORMATIVAS*

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO**

SUMARIO

1. Introducción: diálogo judicial en el ámbito europeo, conflictos con la intimidad en la sociedad de la información.
2. El contexto normativo supranacional: privacidad, protección de datos y sociedad de la información.
3. Jurisdicción y derechos de la personalidad en el espacio de la Unión.
4. Los datos de carácter personal y su protección frente a las comunicaciones cibernéticas.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ÁMBITO EUROPEO, CONFLICTOS CON LA INTIMIDAD EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Hay un diálogo entre el Tribunal de Justicia y las Cortes Constitucionales de los Estados miembros de la Unión, a veces sutil y tácito, otras explícito, sobre el que se siguen produciendo páginas y páginas de doctrina jurídica. Se trata de un diálogo que, a base de casos, viene produciéndose desde la década de los setenta del siglo XX, pero cuyo potencial conciliador sigue sin ser completamente explotado¹. Es un

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH» (DER2013-41303-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. En especial, es fruto del trabajo realizado durante la Estancia de Investigación en el Gabinete del Abogado General Cruz Villalón en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la primavera de 2015, estancia cofinanciada por el citado proyecto y por el V Plan Propio de Investigación de la Universidad de Sevilla.

** Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.

1 P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, p. 79.

diálogo sobre muchas cosas, entre otras sobre los límites del poder y el ejercicio de competencias de la Unión frente a los contralímites de las Constituciones estatales². Por eso también es un diálogo sobre los derechos fundamentales y en él participa cada vez con más presencia un tercer interlocutor, que es el juez del Convenio. Así viene siendo desde los años setenta, con las sentencias Stauder e Internationale Handelsgesellschaft Nold, como casos de referencia en el frente europeo, y con Solangey Granital en los bandos nacionales de Alemania e Italia. Como tema central de conversación, primero estuvieron los derechos.

A nadie se le escapa que los derechos fundamentales han tenido un gran protagonismo en la integración constitucional de Europa³ y en ese protagonismo ha tenido fundamental relevancia la tensión dialógica con los Tribunales Constitucionales estatales. Las advertencias del «Bundesverfassungsgericht» en Solange fueron el detonante para que el Tribunal de Luxemburgo reaccionara, adoptara los derechos fundamentales, los prohiciera y los hiciera objetos de su protección en calidad de principios generales del ordenamiento europeo y de elementos integrantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁴. El proceso se completó, y tomó una nueva dimensión, con la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales en 2009, a partir de la cual la historia de los derechos en la Unión Europea ha comenzado a reescribirse.

2 G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bolonia, 2010, p. 70-71.

3 Por todos, se cita aquí el clásico trabajo sobre la constitucionalización del proceso de integración del profesor WEILER, que identifica la jurisprudencia del TJUE sobre derechos fundamentales como el cuarto hito –tras el efecto directo, la primacía y los poderes implícitos–, en la construcción jurídica del constitucionalismo de la Unión. J. H. H. WEILER, «The Transformation of Europe», *The Yale L.J.*, vol. 100, núm. 8, 1991, p. 2403-2483, p. 2417 y ss.

4 En esa afirmación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho europeo, el TJUE siguió a PESCATORE, quien ya explicó en los años sesenta que, a pesar de la ausencia de derechos fundamentales en los Tratados, «en la realidad de las cosas, la constitución comunitaria contiene, al menos en germen, un sistema completo que puede servir de garantía a los derechos fundamentales». P. PESCATORE, «Les droits de l'homme et l'integration européenne», *CdDE*, núm. 6, 1968, pp. 629-673, p. 636. Esos derechos-principios generales, para el TJUE son elementos propios del ordenamiento jurídico europeo, independientemente de que para su obtención el juez de Luxemburgo tuviera que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros –que no en sus constituciones–, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. M. AGUDO ZAMORA, «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica hasta el Tratado que establece una Constitución para Europa», *ReDCE*, núm. 4, 2005, pp. 373-427, p. 395.

Durante este recorrido de décadas, el Tribunal de Luxemburgo ha hecho jurisprudencia sobre derechos fundamentales, con un ojo mirando a Estrasburgo, y a la vez considerando los contenidos básicos de los derechos en las Constituciones nacionales y siempre afirmando su autonomía en el complejo normativo de la Unión. Pero, además de estas peculiaridades en su aparición y evolución, la jurisprudencia del TJUE sobre derechos fundamentales siempre ha presentado un factor diferencial en relación con las pautas hermenéuticas propias de las Cortes Constitucionales estatales y del TEDH: el influjo de la dimensión económica y técnica que singulariza al Derecho más clásico de las Comunidades Económicas, con regulaciones basadas en objetivos de integración y mercados, y que sigue siendo un componente muy importante del Derecho de la Unión en términos tanto cuantitativos como cualitativos. Esta realidad ha tenido una proyección singular en la interpretación de controversias supranacionales con incidencia iusfundamental⁵.

La sujeción del Derecho de la Unión a sus competencias atribuidas ha determinado las líneas de interpretación de los derechos fundamentales que son específicas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en las que la necesidad de convergencia con las otras líneas, las propias de la justicia constitucional estatal y la del Tribunal de Estrasburgo, nunca se ha planteado como un absoluto⁶. Entre las referidas líneas hay, como mínimo, tres a identificar. Una primera se fundamenta en la no contradicción o respeto de las tradiciones comunes de los Estados miembros y asume como propios los parámetros constitucionales estatales, incluyendo con frecuencia la interpretación derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷. Una segunda perfila ciertos derechos en un sentido particular, europeo-comunitario, diferenciándose así el TJUE de la comprensión iusfundamental aportada por uno o más Estados miembros, en atención a la necesaria uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión⁸. Y la tercera, que transita por debajo de alegaciones referidas a

5 Señalaba SARRIÓN ESTEVE que «si estudiamos los casos en los que el Tribunal de Justicia ha relacionado ambas categorías (libertades económicas y derechos fundamentales) podemos encontrar dos tipos de relación o interacción: una positiva o de apoyo; y otra negativa o conflictual». J. SARRIÓN ESTEVE, «Los conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RDB*, núm. 81, 2011, pp. 379-412, p.382.

6 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *REDC*, núm. 104, 2015, pp. 243-268, p. 254 y ss.

7 Podrían ser los ejemplos clásicos de *Stauder e Internationale Handelsgesellschaft*. Véanse los razonamientos de las resoluciones: Sentencia Stauder, C-29/69,EU:C:1969:57; Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114.

8 Sin ir más lejos, la Sentencia Melloni, C-399/11,EU:C:2013:107; o la Sentencia Rosado Santana,C-177/10, EU:C:2011:557. AZPITARTE SÁNCHEZ señala también la Sentencia Brüstle,

problemas iusfundamentales, responde a la consigna de que siempre que el conflicto no afecte a los objetivos económicos de las competencias europeas, las cuestiones iusfundamentales quedan fuera del ámbito de conocimiento del Tribunal de Justicia⁹.

Sumándose a estas líneas interpretativas, la vigencia de la Carta añade algo más, pues confiere a los derechos una nueva identidad jurídica. Los derechos fundamentales ya no son, solo, principios generales o elementos infiltrados desde tradiciones constitucionales estatales, sino también normas positivas de Derecho de la Unión que, eso sí, van a ser interpretadas y aplicadas según la estructura constitucional propia de la Unión y los objetivos de integración trazados para ella¹⁰. Por tanto, los perfiles europeos y las singularidades de los derechos de la Carta, según su interpretación por el TJUE, se integran con todo ese bagaje, y a marchas aceleradas, en los procesos de incorporación intertextual y de diálogo jurisdiccional encuadrados en ese triple vértice: Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunales Constitucionales estatales.

Pues bien: tal es el marco referencial de este trabajo, ya que vamos a hablar de contenidos sustantivos de ciertos derechos fundamentales y hay que tener presente que lo que establezca el Tribunal de Justicia sobre los mismos ha de integrarse en una dinámica hermenéutica a múltiples bandas. Una vez ubicado en tal marco, lo que pretende este estudio es algo mucho más específico y modesto: analizar el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene dando a los derechos relacionados con la protección de la vida privada y con la protección de datos de carácter personal, sea esta última abordada en conexión con la primera o como el derecho autónomo que ya es en el sistema normativo de la Unión, y analizarlo cuando esos derechos se exponen en el entorno digital, Internet, donde conviven con las libertades comunicativas. Por tanto, sin desconsiderar el anclaje constitucional de estos derechos y su posición en el Convenio, la mirada va a centrarse en cómo se perciben desde el vértice supranacional del «triálogo».

Sirven de estímulo a este empeño dos consideraciones conectadas. La primera es que la actuación de todos estos derechos en la Sociedad de la Información exige una revisión de su configuración dogmática a la luz de los contenidos que florecen

C-34/10, EU:C:2011:669, al tiempo que coincide con la apreciación de que el TJUE diseña contenidos propios, «resistentes incluso frente a ámbitos de protección estatales más amplios». M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 257.

9 Claramente, y volviendo a los ejemplos clásicos, en la Sentencia *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan*, asunto C-159/90, EU:C:1991:378.

10 Lo recuerda el TJUE en su Dictamen sobre la adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 172 a 177.

en el terreno de las nuevas tecnologías, terreno abonado para multiplicar la velocidad y el volumen de las comunicaciones, así como para generar nuevos tipos de conflicto¹¹. La segunda es la de que, a tal fin, las jurisdicciones internacionales son las mejor ubicadas para establecer cánones de resolución de conflictos entre privacidad y libertades de expresión en el espacio de las comunicaciones digitales. La idea es que las condiciones técnicas y naturaleza del soporte de las mismas, Internet, sobrepasan la visión, o más bien la visibilidad, de las jurisdicciones estatales y en ciertos aspectos se acomodan mejor a la que tienen los jueces supranacionales, ante quienes el desdibuje de fronteras que supone la comunicación digital se presenta como un elemento natural¹².

En consecuencia con todo lo dicho, tanto por su posición como interlocutor clave en el diálogo jurisdiccional, como por las peculiaridades de su hermenéutica iusfundamental, como por la perspectiva que tiene ante los conflictos entre derechos en la red, la jurisprudencia del TJUE sobre estas cuestiones es de sumo interés. A lo largo de los epígrafes siguientes repasaremos las contribuciones que el juez europeo ha hecho hasta el momento. Y, en la medida en que tal repaso las evidencie, recogeremos las pautas básicas que se desprendan de dicha jurisprudencia. Habrá que calibrar, al fin y al cabo, si nuestras intuiciones de partida son acertadas y si es cierto que la doctrina del TJUE tiene un papel fundamental en esa reconfiguración de derechos que exige la Sociedad de la Información.

11 Sin llegar a afirmar que el ejercicio de los derechos fundamentales clásicos en Internet los convierta en nuevos derechos, lo cierto es que las categorías forjadas para ellos en relación con los soportes tradicionales ha de ser revisada, no solo por motivos teóricos, sino sobre todo por dar respuesta a la problemática de la resolución de conflictos jurídicos que se dan en la red. El nuevo canal de transmisión de contenidos, Internet, es un medio diferente de la prensa escrita y de la radiodifusión y requiere un abordaje específico, también en materia de derechos fundamentales. J. H. LIPSCHULTZ, *Free expression in the age of the internet*, Westview Press, Boulder-Oxford, 2000, p. 22. Por su parte, los derechos relacionados con la privacidad también se rediseñan a nivel interno cuando se les expone en Internet. S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 173. Sobre la reconfiguración interna de los derechos fundamentales como consecuencia de la revolución cibernética, desde un punto de vista dogmático, se reflexiona en G. TERUEL LOZANO, «Libertades y derechos de la persona en Internet: retos en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ante el paradigma tecnológico de la sociedad del siglo XXI», G. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. CARLO RAFFIOTTA (dirs.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 39-58, p. 43.

12 Sobre el papel de las jurisdicciones internacionales en la redefinición de estos derechos, véase el siguiente trabajo: O. POLLICINO y M. BASSINI, «Internet law in the era of transnational law», *EUI WP RSCAS*, 2011/24, www.eui.eu/RSCAS/Publications/.

2. EL CONTEXTO NORMATIVO SUPRANACIONAL: PRIVACIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

De manera previa al análisis de la jurisprudencia, es preciso definir cuál es, en el contexto normativo de la Unión, la situación de los derechos relativos a la personalidad y a la vida privada, concebida como intimidad¹³, la del derecho a la protección de datos y la de las libertades públicas de comunicación.

La idea de privacidad se inserta en la Unión como parte de los contenidos propios de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros: honor, reputación, intimidad o privacidad y propia imagen. En principio, y a pesar de la posible explotación comercial de algunos de estos derechos, lo cierto es que la privacidad del individuo, tal cual, no es objeto de las competencias del Derecho de la Unión. Éste es un Derecho marcadamente técnico, en su mayor parte regulador de mercados, que deja fuera de su ámbito los elementos básicos de los derechos de la personalidad¹⁴. Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales ha incluido en su repertorio derechos que conforman el marco de reconocimiento de los de la personalidad, en especial el derecho a la vida privada y familiar. No hay en la Carta mención específica a lo que en la doctrina constitucional y civilista se conoce como el derecho al honor o, en otros términos, a la reputación merecida. Sí que se alude a la dignidad humana, cual elemento inviolable, siendo ésta una proclamación que sirve de eje a todo el sistema de derechos. Según esto, y siguiendo la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo al artículo 8 del Convenio, que tampoco se refiere expresamente a la reputación propia¹⁵, ese derecho bien puede anudarse por

13 No se nos escapa que el derecho a la vida privada tiene en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia una segunda vertiente, que quizás sea la principal, relacionada con los derechos de libre circulación y residencia. Es esta vertiente la que ha llevado al Tribunal de Justicia a establecer un nexo entre las distintas regulaciones relativas a la libre circulación de trabajadores en el territorio de la Unión y el mantenimiento de las unidades familiares, con reconocimientos de derechos de permanencia a nacionales de terceros países en el territorio de la Unión. Como ejemplos, y a modo de mera ilustración, pues son múltiples las resoluciones, podemos citar las siguientes: Sentencia Carpenter, C-60/00, EU:C:2002:434; Sentencia MRAX, C-459/99, EU:C:2002:461; Sentencia Akrich, C-109/01, EU:C:2003:491.

14 Incluso hasta el punto de que, tal y como ha afirmado el TJUE, los artículos 7 y 8 de la Carta no amparan los derechos de las personas jurídicas nada más que en la medida en que a través de ellas sean identificables una o varias personas físicas. Sentencia Volker und Markus Schecke et Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662, apartados 52 a 54.

15 En efecto, el TEDH no reconoce en un principio la existencia de un derecho a la reputación que se derive del Convenio, siendo esta contemplada como un interés legítimo protegido. Esto es así

un lado al de dignidad, del artículo 1 de la Carta, y por otro al de vida privada. Este último tiene su acomodo específico en el artículo 7 de la Carta, que proclama de manera expresa el derecho a la vida privada y familiar de todas las personas, yendo las garantías de la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, mencionadas acto seguido, intrínsecamente unidas a tal proclamación. Eso sí, es preciso resaltar que la propia Carta también establece en el 51.2 que tales reconocimientos, como los de otros derechos de la misma, no amplían los ámbitos de competencia de la Unión, por lo que ninguno de estos derechos va a ser objeto específico de regulación por parte de las instituciones europeas.

Distinta es la situación de la protección de datos de carácter personal. Este derecho en su configuración constitucional interna empezó siendo una garantía accesoria de los derechos a la vida privada y a la intimidad¹⁶. Sin embargo, su caracterización autónoma ha ido ganando terreno en los ordenamientos nacionales¹⁷ y en el ámbito de la Unión

hasta que en el asunto *Radio France contra Francia*, en 2004, el TEDH afirma por fin que el derecho a la propia reputación se deriva del artículo 8 del Convenio. S. SMET, «Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict», *Am.Un.ILR*, núm. 26 (1), 2010, pp. 183-236, p. 192-193.

16 La discusión sobre el carácter autónomo o instrumental de la protección de datos remite a la mantenida sobre su referencia y configuración derivada en la Constitución española, en el artículo 18.4. Para MURILLO DE LA CUEVA, hay una conexión de origen, del primero en el segundo, pero la realidad es que no pueden considerarse cubiertas por el concepto de intimidad algunas de las exigencias relacionadas con la protección de datos de carácter personal. P. L. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 26. Para DE CARRERAS SERRA, el desligamiento se basa en una distinción entre intimidad física e intimidad informática, siendo la segunda la que concreta la protección de los datos personales. F. DE CARRERAS SERRA, «El derecho fundamental a la protección de datos personales», *Los nuevos derechos fundamentales*, Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007, pp. 65-88, p. 69. GUICHOT REINA, por su parte, sostiene que quizás sea más coherente pensar en el 18.4 como un mandato al legislador para proteger la intimidad frente a la informática y entender que es el derecho a la intimidad el que posibilita el control sobre los datos personales en la sociedad informacional. E. GUICHOT REINA, *Datos personales y administración pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 164.

17 En el caso español, aunque la jurisprudencia constitucional posterior es vacilante, la primera sentencia que versa sobre la protección de datos afirma de éste que: «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a la potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"». Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993,

es ya, sin discusión, derecho fundamental en sentido pleno. No solo figura en la Carta como derecho singularizado, sino que tiene un lugar relevante y un protagonismo creciente como objeto de regulación de las normas europeas. El motivo de que ambos derechos se traten conjuntamente, no solo en este trabajo y en tantos otros de la literatura científica, sino también en muchos casos llevados ante distintas instancias jurisdiccionales, no es tanto, o no solo, su conexión de origen. Más bien es el hecho de que, en sus manifestaciones, la protección de datos garantiza a veces directamente y otras indirectamente los contenidos propios de la intimidad. Y esto ocurre a menudo en los conflictos que entre todos estos derechos se fraguan en la Sociedad de la Información.

La Directiva de protección de datos, elaborada sobre la base del antiguo artículo 100A del Tratado de la Comunidad Europea por el Consejo y el Parlamento en el año 1995¹⁸, ha sido una norma de gran calado en su implementación por los Estados miembros y el primer elemento de un conjunto de normas que han ido dibujando toda una disciplina europea sobre protección de datos. Sobrevenida por la realidad que regula, la Directiva será sustituida por un Reglamento –sobre el que el pasado mes de junio se llegó a un acuerdo inicial en el Consejo, que se está discutiendo con el Parlamento¹⁹–, con la habilitación otorgada por la base jurídica del actual artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰.

de 20 de julio de 1993, fundamento jurídico 6. Una revisión de la jurisprudencia del TC español sobre protección de datos puede consultarse en C. AGUADO RENEDO, «La protección de los datos personales ante el Tribunal Constitucional español», *Cuestiones Constitucionales, RMexDC*, núm. 23, 2010, consultada on-line en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/23/ard/ard1.pdf>.

18 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

19 La orientación general adoptada por el Consejo el 11 de junio de 2015 (ST 9565 2015 INIT) propone ciertas modificaciones a la propuesta inicial de la Comisión (COM(2012) 11 final), afianzando el carácter garantista del Reglamento, que fortalece notablemente los derechos del afectado. P. L. MURILLO DE LA CUEVA, «Derechos fundamentales e Internet. Consideraciones introductorias», G. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. CARLO RAFFIOTTA (dirs.), *op. cit.*, pp. 59-66, p. 64.

20 Esa nueva regulación de la protección de datos se incluiría dentro de un paquete legislativo lanzado por la Comisión a principios de 2012 y que contiene tanto ese nuevo Reglamento de Protección de Datos (COM(2012)11) como un proyecto de Directiva en relación con la protección de datos en los ámbitos de la cooperación policial y judicial (COM(2012)10). En cierto sentido parece que estas iniciativas se relacionan con las controversias causadas por la Directiva de retención de datos, de la que se hablará más adelante (infra & 4.3). Sobre este asunto, véase el trabajo de E. GUILD y S. CARRERA, «The political and judicial life of metadata: *Digital Rights Ireland* and the trail of the Data Retention Directive», 65 *CEPSPaper in Liberty and Security in Europe*, 2014, p. 10.

La protección de datos, a diferencia de la privacidad, sí que es competencia específica de la Unión. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE al respecto es un referente básico para la comprensión de este derecho, tanto en el ámbito de la Unión como en el de los Estados miembros. El margen en el que puede considerarse que, en lo que a la protección de datos se refiere, los Estados no aplican el Derecho de la Unión es cada vez más estrecho. Y hoy por hoy el artículo 51.1 de la Carta marca la plena ligazón de los Estados miembros en esta materia con la configuración europea del derecho.

Por fin, las libertades de comunicación pública aparecen reconocidas en su dimensión iusfundamental en el artículo 11 de la Carta²¹, al tiempo que en ciertas regulaciones, entre ellas en la Directiva de protección de datos o en la de comercio electrónico, se las salvaguarda como ámbitos fuera de su alcance o aplicación. La Directiva de comercio electrónico²² insiste en que su despliegue no podrá afectar en ningún caso a las libertades comunicativas tal y como estén garantizadas en los ordenamientos estatales. Por su parte, y sin aludir a la palabra «ponderación», la Directiva de protección de datos indica en su artículo 9 que los Estados miembros tendrán que encontrar el equilibrio necesario entre los derechos relativos a la intimidad y las libertades de expresión, pues estas últimas figuran como posibles causas de excepción y exención de la aplicación de la propia Directiva. El futuro Reglamento de protección de datos recoge estos principios normativos en su artículo 80 y profundiza en ellos, al instar a los Estados a establecer cuáles van a ser en cada caso las excepciones que se establezcan por estos motivos.

La instantánea de la situación, según lo visto hasta aquí, muestra que los derechos llamados «de la personalidad» y las libertades de comunicación son derechos fundamentales clásicos, ámbitos de protección de los Estados miembros, que se filtran y se proyectan en las normas de la Unión como límites, antes que como objeto de regulación, y que su relación con las competencias supranacionales es incidental. Solo la protección de datos es objeto básico y autónomo de garantía y regulación en el ámbito del Derecho de la Unión. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrá dar una serie de perfiles sobre las normas y reglas iusfundamenta-

21 Sobre la relación entre el artículo 8 y el 11 de la Carta, véase H. KRANENBORG, «Article 8. Protection of Personal Data», S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 223-266, p. 231.

22 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO 2000, L 178, p. 1).

les relativas a intimidad y comunicación pública, pero no determinarlas, mientras que con la protección de datos sus posibilidades para desarrollar una comprensión sustantiva del derecho son mucho mayores. Y así, entre perfiles y comprensión sustantiva, la cuestión es llegar a ver el bosque: la caracterización que el TJUE puede hacer de los derechos ligados a la privacidad y hasta qué punto los ha analizado en su relación con las libertades de comunicación pública en Internet.

3. JURISDICCIÓN Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ESPACIO DE LA UNIÓN

Los primeros esbozos sobre el comportamiento de los derechos de la personalidad frente a las libertades de comunicación pública en la jurisprudencia del TJUE se dan en un marco meramente formal: el de las reglas técnicas de cooperación judicial en materia civil. Así, los derechos de la personalidad entran en el cuadrante interpretativo del Tribunal de Luxemburgo por una vía aparentemente neutra, cual es la del reconocimiento mutuo y la coordinación procesal. Es algo que se explica como el resultado de dos movimientos. En primer término, estos derechos adquieren de por sí una dimensión transnacional por obra y gracia de las nuevas tecnologías de la información cuando se ven expuestos a conflictos más allá de las fronteras estatales²³. En segundo término, al tiempo que en el mundo entero las barreras de la comunicación pública se desvanecen a causa del hecho tecnológico, en el territorio de la

23 Antes de la revolución de las tecnologías de la información «las barreras prácticas para importar y distribuir localmente cualquier trabajo impreso en cantidad daba a los estados una amplia oportunidad efectiva para limitar la influencia de las publicaciones extranjeras sobre el entorno de la comunicación pública». Por otra parte, los conflictos transfronterizos en relación con la radio y la televisión por ondas tuvieron un tratamiento interestatal y dieron lugar a la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, del mismo modo que a sucesivas generaciones de convenios de la UIT en los que los Estados soberanos llegaron a acuerdos sobre estas cuestiones. Como consecuencia, puede afirmarse que hasta el momento un Estado podía «imponer restricciones sobre los medios de comunicación para proteger otro derecho fundamental que estuviera en tensión directa con la libertad de expresión» o incluso para proteger la seguridad nacional o el orden público. Esto ha cambiado con Internet. P. KELLER, *European and International Media Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, p. 227, 231 y 84. Por su parte, D. POST expone que «el ordenamiento jurídico internacional está fundado, en su base, en la existencia de un reconocimiento mutuo de las fronteras físicas que separan las comunidades legislativas soberanas e independientes –los Estados nacionales– unas de otras. Estas fronteras importan en ese ordenamiento y hacen una función esencial. Pero en la red, la información se mueve de maneras que parecen prestar poca atención a esas fronteras, y proyectarlas sobre la actividad de la red es un reto profundamente difícil». D. POST, *In search of Jefferson's moose. Notes on the state of cyberspace*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 163.

Unión también son las fronteras jurisdiccionales las que se desdibujan, primero, y se reconfiguran, después. La consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el reconocimiento mutuo de sentencias y la aproximación de legislaciones son los instrumentos a través de los cuales los derechos de la personalidad y las libertades de comunicación pública, sin ser ámbitos de competencia de la Unión, acaban siendo escrutados por el Tribunal de Justicia.

Es indiscutible que los conceptos constitucionales de reputación y de intimidad, como ámbitos de protección frente a lo público, se han consolidado en el constitucionalismo democrático, pero en especial lo han hecho en su confrontación con la actividad de los medios de comunicación social²⁴. En conexión con esto, la primera aparición sustantiva de dichos conceptos constitucionales en la jurisprudencia del TJUE se encuentra en controversias que, curiosamente, no dirimen conflictos sustantivos, sino la competencia de los jueces estatales para protegerlos. Por supuesto, la atribución interna de tal competencia al juez predeterminado por la ley es función de los Estados y no de la Unión. Pero, como ya se ha anticipado, los conflictos en torno a estos derechos se hacen europeos cuando en el territorio de un Estado miembro se lanza una publicación ofensiva, ésta se distribuye, y finalmente una reclamación judicial de protección del honor y la intimidad se interpone en un Estado distinto del de la publicación inicial. Estas controversias son más afines al Derecho Internacional Privado que al Derecho Constitucional, disciplina a cargo del estudio sustantivo de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad es que para determinar cuál es el fuero pertinente en tales asuntos, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a aportar elementos de ponderación basados en los contenidos sustantivos protegidos por la privacidad y por los derechos de la personalidad.

Así se demuestra en dos casos sobre la apropiada aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 44/2001, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones civiles y mercantiles²⁵. Ese Reglamento establece que, cuando se trate de materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en el lugar donde se haya producido el hecho dañoso, como excepción a la general de que las demandas han de presentarse en el Estado donde tenga el domicilio el demandado. La perspectiva sustantiva de

24 Entre otros, véase el trabajo de M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

25 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

los derechos en conflicto puede ser, y lo resulta de entrada, un tema tangencial, pero no se le escapa a ningún jurista que la determinación de un fuero específico, y no de otro, afecta no solo a los intereses de las partes, sino a la propia comprensión de un derecho fundamental según los márgenes de apreciación. La interpretación de un derecho fundamental en un Estado miembro dado, según sus perfiles, tendrá los matices propios de los factores socioculturales, históricos y constitucionales que enmarquen de forma habitual su comprensión en ese Estado. Y también se verán afectados por requisitos procesales que privilegien bien su protección, bien su puesta en cuestión²⁶.

3.1. *Medios de comunicación convencionales y difusión transnacional de contenidos*

El primer litigio sobre esta problemática es el del caso Shevill²⁷. Se remonta a 1995. El Tribunal de Justicia determinó que si se trataba de publicaciones difundidas en varios Estados miembros, distintos de aquel donde estuviere establecido el editor, el daño sobre los derechos de la personalidad y sobre los intereses del ofendido se entendería producido bien donde se hubiera dado el hecho causal, bien donde se hubiera concretado el daño efectivo. El TJUE estableció, así, que una víctima de difamación, en este caso la señora Shevill, de nacionalidad y residencia británica, podía presentar su reclamación en el Estado miembro donde tuviera su establecimiento el editor, que en aquel caso era Francia, o en cada Estado miembro donde la publicación hubiera sido difundida, si la misma había tenido en tales sitios consecuencias lesivas para la reputación de la ofendida.

Para la señora Shevill el fuero idóneo era el de Reino Unido, donde la presunción de daño por difamación la eximía de tener que aportar prueba de los efectos lesivos de la publicación difamatoria²⁸. Es la prueba, desde una perspectiva constitucional, de que

26 Como se pone de manifiesto en los casos que se enmarcan dentro de la casuística del *libel tourism*, que evidencian cómo las diferencias procesales y sustantivas de una jurisdicción frente a otra determinan una elección estratégica del fuero por parte del ofendido. Sobre el *libel tourism* y en relación con las diferencias entre Europa y Estados Unidos en materia de protección de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad, véanse los trabajos de S. BATES, «More Speech: Preempting Privacy Tourism», 33 *Hastings Comm & Ent LJ*, 2011, p. 379-405; y S. BATES, «Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law», 34 *Hastings Comm & Ent LJ*, 2012, p. 233-274.

27 Sentencia Shevill, C-68/93, EU:C:1995:61.

28 Esta solución ha sido analizada en la doctrina del Derecho Internacional Privado en P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet», *La Ley*, enero 2012, p. 1-11, consultado *on line* en <http://eprints.ucm.es>; o I. LORENTE MARTÍNEZ,

la elección de fuero supone la elección de un determinado contenido sustantivo de los derechos en conflicto y de unos determinados criterios de ponderación, en la medida en que estos dependen de los manejados por las jurisdicciones estatales. En el asunto *Shevill*, como se ha explicado, la jurisdicción de los tribunales ingleses era más beneficiosa para la protección de la reputación de la ofendida. Probar los efectos dañinos para la reputación de la ofendida en Francia, un país donde no había residido nada más que tres meses, aunque allí la distribución de la publicación lesiva había sido mucho más voluminosa, hubiera cambiado de forma radical la ponderación de los derechos y, por tanto, la resolución del conflicto. A nuestro modo de ver, era una primera inclinación por parte del juez europeo hacia una visión prevalente de los derechos de la personalidad.

3.2. *Especificaciones para Internet al hilo de la jurisprudencia*

La jurisprudencia *Shevill*, limitada a la difamación a través de la prensa escrita, se revisaría algo más adelante para contrastar su aplicabilidad en publicaciones digitales²⁹. Fue en 2001, en los asuntos acumulados *eDate Advertising* y *Olivier Martínez*³⁰. Al tratarse de publicaciones en Internet, en estos casos la Directiva sobre comercio electrónico también era de aplicación.

En el primero, *eDate*, un ciudadano alemán pedía a los tribunales de ese país una acción de cesación contra un portal austriaco de Internet. El portal había mantenido hasta 2007 información que databa de 1999 y que versaba sobre la condena judicial impuesta al ciudadano litigante por el asesinato de un conocido actor. Se trataba de una especie de reclamación del derecho al olvido digital, si bien al tratarse de un asunto de interpretación de normas de conflicto jurisdiccional, el TJ no entró

«Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación en Internet», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 1, 2012, p. 277-301, consultado *on line* en www.uc3m.es/cdt. En ese ámbito, en el del Derecho Internacional Privado, ha recibido críticas por su escasa operatividad y por los problemas que genera, relacionados con la incertidumbre que mantiene en torno al fuero donde el demandado será requerido. Véase E. TORRALBA MENDIOLA, «La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo», *InDret*, 2012, www.indret.com, p. 14.

29 La extensión de la sentencia a otros medios no fue contemplada por el TJUE en *Shevill*. No obstante, era del todo punto posible desde el momento en el que, aunque el medio pueda ser un elemento decisivo para determinar el alcance del daño, no lo es para determinar la existencia de responsabilidad, que es lo que se dirimía en torno a la cuestión de la competencia jurisdiccional. J. SÁNCHEZ SANTIAGO, J. J. IZQUIERDO PERIS, «Difamar en Europa: las implicaciones del asunto *Shevill*», *Rev.IIEE*, vol. 23, núm 1996, pp. 141-169, p. 168.

30 Sentencia *eDate Advertising* y *Olivier Martínez*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685.

a determinar el fondo del asunto. Bien podría haber sido un precedente óptimo para el caso Google Spain, del que hablaremos más adelante. En el segundo caso acumulado, el actor Olivier Martínez demandaba en París a la empresa británica editora del «Sunday Mirror» a causa de una información aparecida en la edición digital del medio. En la misma se habían dado detalles sobre su posible reconciliación sentimental con la cantante australiana Kylie Minogue. La demanda se presentó en París, donde residía el actor, quien alegó la vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El «Bundesgerichtshof», en el primer caso, y el «Tribunal de Grande Instance», en el segundo, quisieron confirmar su competencia para conocer de una lesión de los derechos de la personalidad cometida a través de Internet y desde otro Estado miembro. Si en Shevill se habían decidido reglas para publicaciones convencionales, ahora se trataba de ver en qué medida tales reglas eran aplicables a las publicaciones en la red, donde no es tan sencillo determinar en qué territorio se produce el hecho lesivo: si en cualquier lugar donde se pueda consultar o si donde exista vinculación territorial con ese hecho lesivo. En el segundo caso, la pregunta será cómo deducir tal vinculación, si por el volumen de conexiones, si por la residencia o nacionalidad del ofendido, si por la lengua, el lugar de los hechos objeto del relato lesivo...³¹ La jurisprudencia Shevill no resultaba del todo apropiada para Internet, pues la ubicuidad de los contenidos complicaba, y encarecía, la solución de tantas demandas como lugares de daño efectivo³². Tratándose de Internet, la difusión de contenidos lesivos, y sus consecuencias, habían de tener un tratamiento específico, alternativo al de los medios convencionales³³. Así, el TJUE fijó un nuevo fuero para Internet, en el que iba a ser posible reclamar la totalidad del daño: el lugar donde la víctima tuviera su

31 Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 29.

32 «La difusión de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control». Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 45. Se discute en P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 8-9.

33 No toma en consideración el juez europeo el principio de neutralidad tecnológica, que se proyectaría sobre los conflictos en torno al contenido de la comunicación pública, independientemente del canal de difusión. C. ALONSO ESPINOSA, «La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa», *RVAP*, núm. 81, 2009, p.15-61, p. 35. Sobre el debate en torno a la neutralidad tecnológica en Estados Unidos, véase A. PACKARD, Ashley, *Digital Media Law*, Oxford: Willey-Blackwell, 2010, p. 69.

centro de intereses. Tal centro de intereses sería el lugar de su residencia habitual o aquel en el que ejerciera su actividad profesional³⁴. Para el juez europeo esta opción daba previsibilidad a las normas de competencia, pues el responsable de la publicación en Internet podría saber, antes de la difusión, dónde podría ser potencialmente demandado³⁵. La solución del TJUE permite al demandante elegir aquel fuero en el que las leyes sustantivas o procesales sean más favorables a sus intereses, es evidente. Además, desde nuestra perspectiva, señalar un centro de intereses para las personas cuya profesión se ejerce en muchos sitios, como es el caso de actores, cantantes y personas de prestigio social, o que tienen más de una residencia, ninguna de ellas del todo habitual, también propicia una elección especulativa del fuero.

Quizás por eso el «Bundesgerichtshof» había planteado otra cuestión adicional a la de la determinación del fuero judicial: una sobre la aplicabilidad de la Directiva sobre comercio electrónico. En su artículo 3, la Directiva determinaba que en el ámbito del Derecho civil, y para los servicios de la Sociedad de la Información, sería aplicable el Derecho del país de origen del prestador del servicio. En aquella situación ese país era Austria, donde se contemplaba la posibilidad de conceder una acción de cesación a solicitud del ofendido, cosa que no era posible en Alemania. Todo ello tenía una incidencia clara sobre el ejercicio de las libertades de comunicación pública del editor. El TJUE afirmó que, a pesar de que la Directiva no era una norma de conflicto de leyes, sí impedía que el prestador de servicios austriaco tuviera que sujetarse a requisitos más estrictos en Alemania que los prestadores de servicios autóctonos. Otra interpretación entorpecería el objetivo de la Directiva, esto es: asegurar la libre prestación de servicios del comercio electrónico³⁶. Si se piensa, en ese extremo concreto la respuesta del TJUE favorecía a las libertades de comunicación transnacionales del editor «on line» frente a los derechos de la personalidad del ofendido³⁷, a pesar de que la insistente alusión a los objetivos del mercado interior que hacía el juez europeo descoloraba la dimensión iusfundamental y la ponderación de derechos que estaban latentes³⁸.

34 Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartados 48 y 49.

35 Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 50.

36 Acababa sugiriendo el TJUE que, en la transposición de la directiva, el legislador de cada Estado tendría que poner los medios adecuados para no entorpecer la libertad de prestación de servicios. Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartados 61 y ss.

37 P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 11.

38 Las implicaciones *iusfundamentales* de la sentencia se completan con la discusión, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, sobre la supresión o mantenimiento para el ámbito europeo del exequátur en resoluciones sobre difamación, privacidad y similares E. TORRALBA MENDIOLA, *op.*

A nuestro modo de ver, las implicaciones iusfundamentales de esta sentencia, su repercusión sobre el equilibrio entre derechos de la personalidad y libertades informativas, se presentaban de forma más clara en las conclusiones previas del Abogado General Cruz Villalón. Estas proponían un fuero más ecuánime, determinado no por el centro de intereses del ofendido, sino por el centro de gravedad del conflicto, que sería aquel en el que el enjuiciamiento del conflicto se pudiera efectuar en las condiciones más favorables. Para el Abogado General las condiciones más favorables se producirían en el Estado miembro donde se visualizara con mayor intensidad la potencialidad de un atentado al derecho a la propia reputación o intimidad y el valor inherente a la comunicación de una determinada información u opinión, según el caso. En dicho Estado, el titular del derecho de la personalidad sufriría una lesión en su más amplia extensión e intensidad y también sería el territorio donde el medio habría podido prever que dicha lesión pudiera eventualmente producirse y tomar conciencia del riesgo de ser allí demandado. En estos términos, el centro de gravedad sería aquel donde la jurisdicción se encontrase mejor situada para evaluar el conflicto en su integridad³⁹.

El hecho de que la sentencia se inclinara por el centro de intereses, en lugar de por el centro de gravedad, no puede achacarse a que el TJUE ignorara la relevancia constitucional del conflicto, sino a los mecanismos propios de la hermenéutica del juez europeo. El criterio teleológico y la fidelidad a los objetivos del Derecho europeo son la guía del TJUE. El Reglamento aplicable en estos casos establecía normas de conflicto en asuntos civiles y mercantiles, a las que no se les presuponía relevancia iusfundamental. El objetivo de la Directiva, también aplicable, era regular un ámbito coordinado de los Estados miembros para actividades de prestación de servicios relativos al comercio electrónico. Los derechos fundamentales no eran, ni son, ámbitos de competencia de la Unión, luego no guiaban la interpretación del TJUE y solo funcionaban como límites⁴⁰. Aun así, al determinar cuestiones relati-

cit., p.6. Se sigue discutiendo sobre la exclusión de las obligaciones extracontractuales derivadas de las violaciones de la intimidad, de los derechos de la personalidad o en materia de difamación de la aplicación del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

39 Parafraseamos las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón. Conclusiones eDate Advertising/Olivier Martínez, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:192, apartado 58.

40 Si para la determinación del fuero se hubiera optado por tomar en consideración no solo los aspectos relacionados con el ofendido, sino también las circunstancias de la publicación potencialmente lesiva, quizás se hubieran introducido algunas como estas: posibilidad de consultar el sitio virtual en el territorio donde se va a interponer la demanda; vinculación suficiente medida por el volumen abso-

vas a la jurisdicción y a la aplicación de normas sustantivas de según qué Estado, el TJUE estaba incidiendo sobre las reglas de protección de esos derechos y el contraste entre el criterio propuesto por el Abogado General y el adoptado por la sentencia lo evidencian. El criterio del centro de intereses incidía sobre esas reglas y perfilaba esos derechos desde un punto de vista material, al adelantar criterios de ponderación⁴¹. Con esto ponemos también de relieve que el juez europeo, siquiera indirectamente, hace doctrina material sobre derechos fundamentales y, al hacerla, inclina la balanza hacia los derechos de la personalidad. Sufren las libertades de comunicación, por el contrario, el clásico efecto inhibitorio, en la medida en que la difusión de contenidos controvertidos a través de Internet puede suponer para el editor un pleito en jurisdicciones no controlables a priori.

Por último, es importante apuntar que a los efectos de la jurisprudencia del TJUE se unen los que se desprenden de la del TEDH, como ha de ser según ese sistema tripolar de diálogo jurisdiccional sobre los contenidos de los derechos. En consecuencia, el efecto inhibitorio para las libertades de comunicación pública puede ser mucho más intenso si los casos de conflictos entre aquéllas y derechos de la personalidad, en Internet, tienden a ampliar los elementos de determinación de la responsabilidad de los intermediarios. Sin ir más lejos en el tiempo, esto se corrobora en la confirmación que la Gran Sala del TEDH ha hecho de la sentencia *Delfi*, el pasado mes de junio. El juez de Estrasburgo eleva a los portales de contenidos de

luto o ponderado de las conexiones a la página web; conexión con el daño, vinculada a la lengua en la que se difunda la información controvertida y su conexión con un territorio determinado; coincidencia del fuero con el lugar donde ocurrieron de los hechos narrados o donde las fotos fueron tomadas... Todas estas alternativas, sugeridas por el *Tribunal de Grande Instance*, recogidas por el Abogado General en su propuesta sobre el *centro de gravedad del conflicto*, pero no por el Tribunal de Justicia, hubieran introducido elementos relativos a la ponderación de los derechos en la predeterminación de la jurisdicción y su empleo parece más complejo, pero no menos viable que el de los *centros de intereses*. En el balance entre las libertades de comunicación y los derechos de la personalidad, esos elementos hubieran sido significativos, pero en una cuestión de determinación de responsabilidades extracontractuales parece pesar más, al menos para el TJUE, el lugar donde esté el ofendido y la posibilidad de reclamar la totalidad del daño.

41 En otro orden de cosas, junto a ese nuevo fuero del *centro de intereses* del ofendido, el TJUE mantiene para Internet el fuero múltiple y posibilista del asunto *Shevill*, que permite reclamar ante los tribunales de «cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible». Esos tribunales, eso sí, serían solo competentes para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro en el que se haya reclamado. Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 1 del fallo.

Internet al rango de editores. Estos incurren en responsabilidad por los comentarios de terceros vertidos en su portal si resulta que, incluso habiendo implementado sistemas de bloqueo de expresiones injuriosas o molestas, esos sistemas no alcanzan a evitar que opiniones lesivas sean difundidas a través de tales portales. Uniendo esta doctrina a la del centro de intereses, la ubicuidad de los contenidos se corresponderá, de manera fácil, con la ubicuidad de las demandas⁴².

4. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y SU PROTECCIÓN FRENTE A LAS COMUNICACIONES CIBERNÉTICAS

A diferencia de los asuntos expuestos en el epígrafe anterior, la manera en la que el TJUE aborda la interpretación de los conflictos relativos protección de datos y a su difusión a través de Internet sí que ofrece una dimensión sustantiva desde el primer momento. Por contra, y al igual que ocurre con las sentencias sobre reputación o intimidad recién comentadas, el TJUE determina criterios de ponderación de derechos, y más claros que los anteriores. Esa mayor claridad se debe a que, como ya se ha explicado, tales criterios están prefigurados en la Directiva de protección de datos, así como lo está la propia comprensión iusfundamental del «habeas data». Es decir: la Directiva anticipa la ponderación como medio de resolución de conflictos entre libertades comunicativas y protección de datos. En un último orden de cosas, el tratamiento que se hace del derecho a la protección de datos por parte del TJUE incluye en muchas ocasiones contenidos sustantivos de la intimidad y el honor, confirmando la afinidad del primero respecto a los segundos o, si no tanto, evidenciando un carácter instrumental ocasional de la protección de datos para esos «derechos matrices». Es lo que vamos a corroborar justo a continuación.

4.1. *La protección total de datos*

Existe una abundante jurisprudencia sobre los límites a la hora de recabar, transferir y utilizar datos de carácter personal y sobre los derechos de acceso, rectifi-

42 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, caso Delfi contra Estonia, de 16 de junio de 2015, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, apartados 152 y ss. De gran interés, por cierto, es comprobar cómo el TEDH recurre a la jurisprudencia del TJUE en la materia, al ser fundamentales en el conflicto las interpretaciones existentes sobre la Directiva de comercio electrónico. También son de gran interés las varias opiniones disidentes que acompañan a la sentencia, algunas de las cuales consideran que las características que diferencian a un portal on line de un periódico tradicional debieran ser tenidas en cuenta al establecer el grado de responsabilidad del primero. Véase la opinión disidente de los jueces Sajó y Tsotsoria.

cación y cancelación de los titulares de los datos, toda ella elaborada sobre la base de la Directiva⁴³. No obstante, las resoluciones del Tribunal de Justicia que nos interesan a efectos de este análisis son las que tratan sobre los límites para la publicidad de tales datos a través de la red. La recapitulación de tales resoluciones comienza con el asunto Lindqvist⁴⁴ y nos lleva a Suecia, donde una catequista colgó en la web de su parroquia, enlazada a la de la Iglesia sueca, información personal relativa a otros catequistas que colaboraban con ella. La intención era facilitar las inscripciones de los catecúmenos y la organización de las actividades propias de su formación. Pero, suponemos que para su sorpresa, la señora Lindqvist fue denunciada por sus correccionistas y se le impuso una sanción por haber publicado aquella información sin consentimiento de los titulares de los datos.

Al recibir la cuestión prejudicial correspondiente, el Tribunal de Justicia consideró que el asunto requería una ponderación entre libertad de expresión y tutela de la intimidad. El juez europeo estaba ante dos cuestiones peliagudas: un tratamiento de datos no consentido, y de datos además referidos a la adhesión religiosa de los citados, que están especialmente protegidos por la Directiva. En este sentido, el juez europeo hubo de sopesar la prioridad debida a los objetivos marcados para la Directiva, pues por más que la actividad de la catequista no tuviera dimensión económica y, por lo tanto, pudiera haber estado excluida de la aplicación de la misma, la sensibilidad de los datos los hacía intocables⁴⁵. Su decisión fue que la actividad de Lindqvist estaba sometida a las restricciones propias de la protección de datos y que el mero hecho de incluir una lista de nombres en una página web constituía, de

43 Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las siguientes: Sentencia Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, EU:C:2003:294; Sentencia Huber, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724; Sentencia Parlamento/Consejo, C-317/04, ECLI:EU:C:2006:346; Sentencia Promusicae, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54; Sentencia Rijkeboer, C-553/07, ECLI:EU:C:2009:293; Sentencia Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662; Sentencia Bonner Audio, C-461/10, EU:C:2012:219; Sentencia ASNEF, C-468/10 y C-469/10, EU:C:2011:777; Sentencia Probst, C-119/12, EU:C:2012:748; Auto Pharmacontinente – Saúde e Higiene, C-683/13, EU:C:2014:2028.

44 Sentencia Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596.

45 M. C. GUERRERO PICÓ, «El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Europea», *ReDCE*, n.º 4, 2005, p. 293-332, p. 300. En el mismo sentido, tampoco consideró el TJUE que estuviera excluida de la aplicación de la Directiva, por no poder considerarse uso doméstico, la utilización de una cámara de vídeo que captaba y almacenaba en un dispositivo de grabación continuada imágenes de personas, instalado por una persona física en su vivienda familiar con el fin de proteger los bienes, la salud y la vida de los propietarios de la vivienda (video vigilancia), y cuya proyección cubría también el espacio público. Sentencia Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428.

por sí, un tratamiento de datos, tuviera un fin comercial o no. Es así como el TJUE saltaba del ámbito de la comprensión meramente instrumental de la protección de datos, en este caso instrumental para la garantía de las transacciones económicas, a su comprensión iusfundamental.

Tras el anterior pronunciamiento, la aplicación de la Directiva a cualquier actividad que implicara difusión de datos de carácter personal a través de Internet parece una consecuencia obvia. Por lo tanto, se deduce que ese tipo de publicidad de datos solo podría ser realizada en el marco de las excepciones trazadas por la propia regulación europea. Ése es precisamente el trasfondo del asunto *Satamedia-Satakunnan*, C-73/07⁴⁶, en el que la publicación controvertida se refiere a información fiscal de varias personas aparecida en un diario finlandés, *Veropörssi*. En tal asunto, de nuevo, la ponderación entre libertades de comunicación pública y protección de datos se situaba en el centro del conflicto. Sin embargo, y a diferencia de *Lindqvist*, en este caso la transmisión de datos tenía fines exclusivamente periodísticos, actividad que, aun realizada con ánimo de lucro, está entre las excepciones y exenciones potenciales de la Directiva. Por lo tanto, la Directiva era plenamente aplicable, pero con la finalidad de proteger la difusión de contenidos de relevancia periodística frente a los límites impuestos por la protección de datos. Afirmaba el TJUE que la transmisión de información de interés público se consideraba efectuada con fines periodísticos independientemente del soporte, incluido Internet, por el que se hiciera.

Si bien es cierto que en *Satamedia-Satakunnan* la sensibilidad de los datos era distinta de la de los datos relacionados con las adhesiones religiosas y creencias, no lo es menos que el TJUE inclinó la balanza en el sentido inverso y la ponderación fue favorable a los derechos de libertad de expresión. Por tanto, es posible afirmar que las libertades informativas, cuando se ejercen por profesionales a través de medios institucionalizados, inclusive los digitales, gozan en la confrontación con la protección de datos de la misma prevalencia que la jurisprudencia constitucional suele atribuir a estas libertades frente a afectaciones a la intimidad. No obstante, y como se verá en el epígrafe siguiente, la configuración técnica de Internet hace que los supuestos de conflicto se compliquen algo más, pues nuevos intermediarios se sitúan entre los emisores y los receptores en la difusión de contenidos. Estos intermediarios digitales, sin ser lo mismo que los medios de comunicación clásicos, tampoco resultan ser, del todo, observadores asépticos de los procesos de transmisión de contenidos. A continuación se verá por qué.

46 Sentencia *Satamedia-Satakunnan*, C-73/07, EU:C:2008:727.

4.2. *El derecho al olvido digital*

Dando un paso más en la interpretación de conflictos entre la protección de los datos y su difusión en la red, el desarrollo sustantivo al respecto que se hace en el asunto Google Spain es de máxima importancia. En el supuesto, la relación iusfundamental que se establecía no respondía al dueto habitual, privacidad y protección de datos, sino que se trataba de una cuestión de reputación y de autodeterminación informativa: la reputación y las referencias de un individuo que se veía perjudicado por la reincidente aparición en un buscador de una información veraz sobre su persona, publicada tiempo atrás⁴⁷. En este contexto, el caso Google Spain era óptimo para dirimir una cuestión clave en las reflexiones en torno a la existencia del derecho al olvido en la Sociedad de la Información, que es si su fundamento está en los contenidos propios de los derechos al honor y a la intimidad o si su base es, como resulta de la resolución de la controversia, la del derecho a la protección de datos⁴⁸. Es una muestra más de cómo los derechos de la personalidad y la protección de datos siguen compartiendo la responsabilidad sobre la garantía de ciertos contenidos sustantivos, pero de cómo la segunda se ha desarrollado de manera independiente. Y lo ha hecho hasta el punto de ser fundamento básico de un derecho, el del olvido digital, cuya procedencia está en las facultades de cancelación y supresión que tiene el titular de los datos en la Directiva y que, desde ahí, es capaz de dar protección a los contenidos sustantivos de la reputación y la privacidad.

Los hechos del caso son de sobra conocidos: la Agencia Española de Protección de Datos recibió una reclamación contra Google y contra la edición digital de un diario nacional. Según el reclamante, cada vez que alguien introducía su nombre en el motor de búsqueda, Google hacía accesible una información relativa a su persona, publicada en 1998 en dicho diario. Ahí se señalaba su protagonismo en una subasta de muebles derivada de un embargo por deudas. Él consideraba que la notoria accesibilidad de esa información en la red constituía una lesión de su derecho a la autodeterminación informativa y de su reputación actual, pues la deuda estaba liquidada hacía tiempo. En consonancia con la jurisprudencia Satamedia-Satakunnan, la AEPD desestimó la reclamación contra la editorial del diario, pues al tratarse de

47 Sentencia Google Spain, C-131/12, EU:C:2014:317. Un tratamiento en profundidad de la relevancia de esta sentencia puede encontrarse, entre nosotros, en A. RALLO, *El derecho al olvido en Internet, Google versus España*, Cuadernos y Debates, n. 233, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 259-284.

48 P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 97 y ss.

prensa institucionalizada la publicación de la noticia tenía un respaldo legal. Sin embargo, y ahí fue donde se introdujo el elemento novedoso, sí que estimó la reclamación contra el motor de búsqueda, instándole a adoptar las medidas necesarias para retirar los datos de su índice y hacer imposible el acceso futuro a los mismos a través de sus servicios. Google Spain recurrió la decisión de la AEPD y la Audiencia Nacional elevó la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Las conclusiones del abogado general Niilo Jääskinen en este asunto ya apuntaban algunas líneas hermenéuticas novedosas y de bastante interés para el objeto de este estudio⁴⁹. Sostenía Jääskinen que el motor de búsqueda perseguía intereses legítimos, amparados por la libertad de expresión y de información, cuando hacía accesibles contenidos a los ciudadanos⁵⁰. También explicaba que, dentro de ese contexto, la imposición de límites por parte de la Unión Europea requería ponderar, pues había derechos fundamentales en liza. Exponía el abogado general que no podía establecerse un derecho al olvido generalizado que obligase a los motores de búsqueda a modificar sus criterios de selección de la información, pues tal exigencia crearía distorsiones en el ejercicio de las libertades informativas: tanto la del editor de la web fuente –el diario donde originariamente se publicara la información–, como las de los propios usuarios de los motores, a los que se implicaba en un ejercicio de ponderación de lesividad de contenidos que no podía corresponderle a ellos. Pero las conclusiones de Jääskinen no fueron totalmente asumidas por el Tribunal de Justicia. Los criterios de ponderación que sentó el juez europeo se inclinaron hacia la clara voluntad de proteger a los titulares de los datos en tanto ciudadanos europeos, tras una lectura del ámbito de aplicación de la Directiva que, para algunos, era bastante forzada, pero que recogía el sentido de las nuevas propuestas regulativas hechas por la Comisión para el futuro Reglamento de protección de datos⁵¹.

49 Conclusiones Google Spain, C-131/12, EU:C:2013:424.

50 Guichot Reina cita a pie de página las resoluciones de la AEPD R/01871/2008 (Google) y R/00494/2009 (Lycos), probando cómo la teoría de Jääskinen contradice algunas consideraciones efectuadas por la AEPD sobre los motores de búsqueda, cuya actividad, según la agencia, y al menos en lo que a los datos de una publicación oficial se trataba, no podría ampararse en la libertad de información. E. GUICHOT REINA (2012). «La publicidad de datos personales en Internet por parte de las Administraciones públicas y el derecho al olvido», *REDA*, núm. 154, p. 125-168, p. 139.

51 Teniendo en cuenta que de las tareas de indexación de datos no era responsable el establecimiento español de la compañía Google, sino su matriz californiana. B. HARDY, «Application dans l'espace de la Directive 95/46/CE: la géographie du droit à l'oubli», *RTDE*, núm. 4, (vol) 2014, pp. 879-897, p. 890.

Veamos los pormenores del juicio del Tribunal. En primer lugar, el juez europeo determinó que la actividad del motor de búsqueda tenía la consideración de tratamiento automatizado de datos. Por ello la Directiva era plenamente aplicable a la actividad de indexación llevada a cabo por el motor, aunque se tratara de información aparecida en un medio de comunicación institucionalizado y por tanto amparada por una excepción legal. Se subrayaba, en consecuencia, la responsabilidad del motor de búsqueda frente a las lesiones de los derechos de la personalidad protegidos, a su vez, por los derechos de autodeterminación informativa⁵².

En segundo lugar, el TJUE aclaró que los derechos a ponderar en el caso eran por un lado los del interesado, titular de los datos, y por otro los derechos a recibir información de los internautas. El juez europeo dejó al margen cualquier consideración sobre el posible ejercicio de libertades informativas por parte del motor de búsqueda, al que solo se le atribuían intereses económicos y éstos, no ponderables frente a derechos fundamentales, ni siquiera en un contexto de integración económica, debían ser los postergados⁵³.

En tercer lugar, el Tribunal declaró que había dos aspectos igualmente determinantes en la ponderación: el perjuicio causado al titular de los datos y la relevancia pública del mismo. A mayor notoriedad del titular de los datos, mayor el peso del derecho de los receptores de la información, que eran los únicos actores implicados en la cuestión de fondo cuyos derechos de comunicación podían verse afectados⁵⁴.

En cuarto y último lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo se confirmaba la novedad: la existencia de un derecho al olvido, que correspondía al titular de los datos protegidos en relación –y este matiz es importante– con la actividad de los motores de búsqueda. Ese derecho existía siempre y cuando la ponderación previa de derechos en conflicto, los del titular de los datos frente a los de los internautas, así lo hicieran deducir. Como puede observarse, el TJUE introdujo en su motivación un nuevo modelo de ponderación: derechos de la personalidad, protección de datos y derecho al olvido, como elemento derivado de la relación entre los anteriores, frente a derechos difusos a recibir información por parte de receptores anónimos e indeterminados⁵⁵.

52 Sentencia Google Spain, apartado 41.

53 Sentencia Google Spain, apartado 81. Sobre esta ponderación y su carácter innovador, véase H. CROWTHER, «Google v. Spain: is there a right to be forgotten?», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, núm. 9, 2014, pp. 892-893, p. 893.

54 Sentencia Google Spain, apartado 99.

55 Sentencia Google Spain, apartado 99. La vinculación del derecho al olvido con la autodeterminación informativa y la protección de datos es tratada en A. AZURMENDI, «Por un derecho al olvido

Esta sentencia había despertado una gran expectación y, tras ver la luz, suscitó gran número de comentarios. Está en la línea adoptada por el TJUE, confirmada recientemente en el asunto Schrems, que marca la distancia entre las garantías europeas y las estadounidenses en materia de protección de datos. La protección de los datos en la Unión quiere ser una protección total y ello impide que ciertas aplicaciones de Internet, como los motores de búsqueda, en Google Spain, o las redes sociales, en Schrems, queden al margen de la aplicación de los requisitos de la Directiva⁵⁶. No obstante, hay reflexiones que sería conveniente hacer, pues siendo correcta la atribución a los motores de búsqueda de intereses económicos, también es cierto que en la comunicación pública a través de Internet las condiciones del canal de transmisión y de los medios o soportes de contenidos inciden, y mucho, en el ejercicio de las libertades informativas, tanto de los receptores como de los comunicadores. La sentencia Google Spain, a diferencia de las conclusiones del Abogado General, resulta demasiado tajante en ese aspecto, pues el papel que el motor de búsqueda tenía en las conclusiones, como garante de la institución de la opinión pública libre, desaparece en la sentencia. La afirmación del motor de búsqueda como titular de intereses económicos, siendo cierta, ignora el papel de intermediarios que tienen estos servicios de la Sociedad de la Información. En tal medida, se les debería tratar de manera afín a los medios de comunicación, ya que no idéntica, y más si se les responsabiliza de la adecuación de los contenidos de terceros que resultan visibles tras su acción indexadora, como al fin y al cabo hace la sentencia⁵⁷. Por eso creemos que la ponderación de derechos, libertades de comunicación frente a derechos de la personalidad y protección de datos en Internet, requiere aún más reflexión⁵⁸.

para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014», *RedDP*, núm. 92, 2015, p. 273-310, p. 299 y ss.

56 Sentencia Schrems, asunto C-362/14, EU:C:2015:650.

57 SIMÓN CASTELLANO, *op. cit.* p. 267.

58 SIMÓN CASTELLANO también razona sobre otros inconvenientes de la solución del TJUE y pone en duda que fuera la más correcta, en la medida en la que la propia sentencia calificaba la información publicada –por el diario de inadecuada, no pertinente y excesiva en relación con los fines y el tiempo transcurrido, habiendo sido más lógico que el responsable de su «supresión» fuera el diario y no el motor de búsqueda. P. SIMÓN CASTELLANO, *op. cit.* p. 267 y p. 307 y ss. En este sentido, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo español confirma que las hemerotecas digitales no tienen por qué bloquear informaciones veraces del pasado en sus buscadores internos, pero sí son responsables de que su tratamiento, como datos personales, impida su localización por motores de búsqueda externos de manera lesiva para la reputación actual de los perjudicados. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, ES:TS:2015:4132.

4.3. *Límites a la retención de datos*

La lectura sistemática de las sentencias *Scarlet Extended* y *Digital Rights*, siendo la última de las dos la responsable de la anulación de la Directiva de retención de datos⁵⁹, nos sitúa en una línea distinta. En *Digital Rights*, una doble cuestión prejudicial, se discutía la adecuación de las normas contenidas en la Directiva a los cánones iusfundamentales de protección de la vida privada, de los datos de carácter personal y de la libertad de expresión⁶⁰. En definitiva, se planteaba un test de constitucionalidad de la regulación europea sobre la base de los artículos 7, 8 y 11 de la CDFUE, Y esto se producía después de que varias normas estatales, aprobadas en transposición de la Directiva, hubieran sido cuestionadas ante las respectivas jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros⁶¹.

En *Digital Rights* el TJUE desgajó perfiles interesantes de la relación entre el derecho a la vida privada y la función garantista de la protección de datos. El tema, de nuevo, es cómo la protección de datos es un derecho autónomo, que opera de forma independiente de la intimidad y tiene un contenido específico, pero se convierte en garantía de ésta cuando las cualidades de los datos así lo requieren. Es por ello que, sin que se trate del registro de contenidos de comunicaciones digitales, la retención de datos se estima tanto como injerencia en el derecho del artículo 7 como en el del artículo 8 de la Carta⁶². La recogida y la conservación de datos generados o tratados en el curso de comunicaciones electrónicas constituyen para el TJUE una

59 La Directiva de referencia es la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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 y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Es obligado recordar que la validez de la Directiva ya había sido discutida en la Sentencia Irlanda contra Parlamento y Consejo, C-301/06, EU:C:2009:68. En aquella ocasión, se trató de un recurso de anulación en el que Irlanda alegaba la inadecuación de la base jurídica elegida por el legislador europeo.

60 Sentencia *Digital Rights Ireland* y *Seitlinger* y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238.

61 En Bulgaria, Alemania, Rumanía, República Checa, Chipre, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia se dieron cuestionamientos de este tipo. O. LYNSEY, «The Data Retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: *Digital Rights Ireland*», *CMLR*, 51, 2014, pp. 1789-1812, p.1799.

62 Una crítica a la falta de claridad en la diferenciación entre los contenidos del artículo 7 y 8 de la Carta puede encontrarse en O. LYNSEY, *op. cit.*, p. 1807 y ss. No obstante, otros autores consideran que la distinción está clara en la Carta y que si bien el artículo 8 tiene sus raíces en la Convención 108 del Consejo de Europa de 1981, el artículo 7 lo tiene en la privacidad como derecho de la personalidad. H. KRANENBORG, *op. cit.* p. 229.

injerencia caracterizada en su vida privada, aun cuando tales actividades de recogida y conservación no persigan más que facilitar un control retrospectivo y tengan el fin legítimo de garantizar la seguridad pública y perseguir delitos⁶³.

A esa injerencia constatada, el juez europeo le aplica un test de proporcionalidad sobre la base de los objetivos perseguidos por la Directiva⁶⁴. Tras dicho test, el TJUE concluye que existen varias carencias en las garantías diseñadas por la misma. En primer lugar, el legislador de la Unión caracterizaba de manera demasiado amplia el ámbito de aplicación de la norma, extendiéndose a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico, sin establecer diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves. En segundo lugar, es problemática la ausencia de criterios objetivos que delimitaran el acceso y utilización posterior de los datos. En tercer lugar, la propia indeterminación de los criterios reguladores de los periodos, de seis meses a dos años, durante los cuales los datos podían ser conservados se suma a la lista de incertidumbres sobre la situación de los datos retenidos. En cuarto lugar, las medidas de seguridad que debieran rodear la retención y conservación de los datos se implementaban, en principio, por los operadores privados. Y en quinto lugar, no se establecía una obligación cierta de que los datos se conservasen en territorio de la Unión⁶⁵. En resumen, el TJUE establecía estándares muy elevados de protección de estos derechos fundamentales, al tiempo que daba sostén al diálogo jurisdiccional, es decir, a las resoluciones de las jurisdicciones constitucionales ante las cuales las trasposiciones de la Directiva habían sido cuestionadas⁶⁶.

La ligazón de privacidad y protección de datos con las libertades de expresión del artículo 11 de la Carta no fue abordada en Digital Rights. No obstante, desde nuestro punto de vista en la sentencia sobrevolaban dos presunciones relativas a esa ligazón: una general de que la libertad de expresión se vería afectada por las injerencias en los derechos a la vida privada y a la protección de datos de los ciudadanos; y una específica de que la aplicación de la Directiva podía tener un efecto disuasorio

63 Sentencia Digital Rights, apartados 28 y ss.

64 Hay una interesante argumentación sobre el respeto de los cánones de proporcionalidad que se desprenden del artículo 5 del TUE, relativo a la subsidiariedad y la proporcionalidad en el ejercicio de las competencias de la Unión, en las Conclusiones Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2013:845, párrafos 87 y ss.

65 Sentencia Digital Rights, apartados 54 y ss.

66 A. WIEDMANN, «Le dialogue sur les droits fondamentaux entre la Cour de Justice et les juridictions nationales après l'arrêt Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a», *RdAff.Eur*, núm. 21, 2014, pp. 423-432, p. 432.

y, en consecuencia, una repercusión clara en el ejercicio que los ciudadanos hicieran de su libertad de expresión e información⁶⁷. Esto era algo que el Tribunal de Justicia sí que había afirmado con anterioridad, con motivo del asunto *Scartel Extended*⁶⁸, alertando del riesgo que para los derechos fundamentales de los artículos 8 y 11 de la Carta suponían los sistemas de filtrado. La posibilidad de que, a requerimiento de un juez, se obligara a proveedores de servicios de Internet a establecer determinados sistemas de filtrado, con el fin de proteger derechos de propiedad intelectual, ponía en peligro tanto las libertades de comunicación como la privacidad y la protección de datos⁶⁹.

Scarlet Extended es anterior en su resolución a *Digital Rights*, por lo que bien puede entenderse, o así nos lo permitimos, que su conclusión sobre las amenazas a la libertad de información es extensible a este. *Scarlet Extended* hace una llamada de atención ante los riesgos que para los derechos implican los sistemas de filtrado de comunicaciones, cuando en ellos no se distingue entre contenidos lícitos e ilícitos. Es evidente que tales sistemas pueden tener como efecto el bloqueo de contenidos de carácter lícito. Si bien esta llamada de atención se hace en relación con la protección de los derechos de autor, desde nuestro punto de vista bien podría aplicarse a la ponderación entre privacidad y libertades de comunicación pública que no llegó a hacerse en *Digital Rights*⁷⁰. No obstante, y como se ha visto, *Digital Rights* se sitúa en una línea distinta en la que el Tribunal de Justicia pone a la privacidad y a la protección de datos como derechos de especial garantía o cuidado, en una suerte de prevalencia que invierte la tendencia conocida a privilegiar las libertades de comunicación y que sigue la doctrina estadounidense sobre la Primera Enmienda. Dicho de otra manera, sin que las libertades de comunicación pública lo sean menos, la protección de datos ha conseguido que los derechos de la personalidad merezcan más⁷¹.

67 Sentencia *Digital Rights*, apartado 28.

68 Sentencia *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771. El juicio se repite en la Sentencia *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, apartados 38, 46-50, 52 y fallo.

69 En concreto, eran peligrosos los sistemas que se aplicaran con las siguientes características: a todas las comunicaciones electrónicas, en particular las que utilizaran programas «peer-to-peer»; indistintamente con respecto a toda la clientela de los proveedores; con carácter preventivo; exclusivamente a expensas de los proveedores de servicios; y sin limitación en el tiempo. Sentencia *Scarlet Extended*, fallo.

70 Sentencia *Scarlet Extended*, apartados 48-52.

71 Sobre la especial consideración que la protección de datos tiene para el TJUE, en especial siguiendo estos últimos pronunciamientos, véase J. P. JACQUÉ, «Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice», *RTDE*, núm. 3, 2014, pp.

5. CONCLUSIONES

Las posibilidades de análisis sobre los conflictos entre derechos de la personalidad y libertades de comunicación pública en la Sociedad de la Información y en el marco europeo quedan sin agotar. Quedan sin agotar porque en ese marco el juez de la Unión no opera aislado, sino que sobre su jurisprudencia se vuelcan los referentes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero no hay lugar aquí para escrutar esas otras dos fuentes con el detalle que merecerían. No obstante, en un contexto social, cultural, político y económico tan condicionado por la centralidad y el inabarcable volumen de las comunicaciones electrónicas, la jurisprudencia de un tribunal supranacional como el de Luxemburgo tiene una singular importancia por dos factores fundamentales. Uno es que ofrece una visión de estos conflictos desde una perspectiva transnacional, lo cual se corresponde con la naturaleza del soporte de las comunicaciones cibernéticas. El otro es que sus decisiones se integran en el corpus normativo de veintiocho Estados europeos. A todo esto se añade un tercer factor: la circunstancia de que el juez de la Unión trabaja con, y bajo, un marco jurídico en el que los contenidos iusfundamentales se entremezclan con consideraciones técnicas, económicas y políticas que aportan matices diferentes a los de la jurisprudencia clásica sobre derechos fundamentales. Creemos que solo por eso las conclusiones que desgranamos a continuación son de gran interés.

En la primera conclusión se abordan las reglas que el Tribunal de Justicia ha dictado sobre la competencia jurisdiccional de los jueces estatales en conflictos transnacionales entre libertades de comunicación y derechos de la personalidad. Obligadas a ofrecer criterios generales, que en realidad son difíciles de establecer, dichas reglas favorecen los intereses de los individuos supuestamente ofendidos por publicaciones lesivas frente a los de los emisores de los contenidos controvertidos. Esta conclusión se fundamenta en las distintas posibilidades de elección de fuero que se abren para los primeros, que no pueden sino ser desfavorables para los segundos. Si la práctica confirma nuestras intuiciones, las perjudicadas serán las libertades informativas, con ese efecto disuasorio, el famoso «chilling effect», que planeará sobre las referidas reglas de competencia jurisdiccional. Por tanto, cabe la posibilidad de que las reglas acaben siendo revisadas por el juez europeo si se le vuelve a plantear una controversia en el mismo ámbito en la que se ponga en evidencia, si no lo está ya, el desequilibrio que crean.

283-288, p. 283. KOUTRAKOS, P., et NIC SHUIBHNE, N., «To strive, to seek, to Google, to forget», *ELR*, 2014, pp. 293-294, p. 294.

La segunda conclusión es sobre los elementos de ponderación que se desprenden de las reglas antedichas. Tanto en los asuntos que abordan directamente la cuestión de la jurisdicción, eDate, como en otros sobre protección de datos, los elementos de ponderación no se deducen simple ni directamente de los contenidos iusfundamentales en juego. Al contrario, la ponderación habitualmente se enmarca en los parámetros definidos por las regulaciones europeas: la Directiva de comercio electrónico y la de protección de datos. El Tribunal de Justicia no abandona su orientación habitual, la que prioriza los objetivos de la integración, ni siquiera al evaluar conflictos entre derechos fundamentales. En el caso de los derechos que nos ocupan aquí, la cuestión es si llegará a abandonarla, teniendo en cuenta que su competencia sobre de derechos fundamentales acaba donde lo hace la aplicación del Derecho de la Unión –*ex* 51.1 CDFUE– y en la mayor parte de los casos los derechos solo son contemplados como límites en la normativa europea. Abandonar su orientación le supondría al TJUE arriesgarse a activar la «alerta ultra vires» de la justicia constitucional estatal. Aunque quizás eso sería bueno, o no tan malo, para la fluidez de un verdadero diálogo jurisdiccional sobre estas materias.

Una tercera conclusión, dentro de los márgenes que se acaban de definir, es que el TJUE da carta iusfundamental a una serie de contenidos sustantivos de los derechos a la privacidad y a la protección de datos. Son contenidos que tienen, digámoslo así, una «denominación de origen europea», que los distingue en su caracterización de la manera en la que vienen siendo definidos por las jurisdicciones constitucionales estatales e incluso por el TEDH. Esto que decimos se corrobora, singularmente, con la afirmación de un derecho al olvido digital que no había sido definido con anterioridad de manera tan rotunda⁷², que en otro sentido, había sido negado por la propia jurisprudencia del TEDH –en *Wegrzynowski* contra Polonia⁷³– y que, por fin, se incluye desde 2012 en el artículo 17 de la propuesta de Reglamento de pro-

72 La afirmación del derecho al olvido por parte del TJUE no crea un nuevo derecho. Al menos en el caso español lo que hace es confirmar la interpretación de las disposiciones normativas anteriores, procedentes de la Directiva, que venía realizando la AEPD. M. B. LÓPEZ PORTAS, «La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español a tenor de la doctrina del TJUE», *RDP*, núm. 93, 2015, pp. 143-178, p. 175. También se encuentran ejemplos de derecho al olvido digital en relación con motores de búsqueda en la jurisprudencia de otros tribunales, como en el caso de Italia. Un tribunal de Milán, por ejemplo, ordenó que se eliminase un cruce de vocablos que, en una búsqueda en la red, calificaban de tramposo a un empresario italiano. C. GRECO, «Libertà e diritti della persona su Internet», G. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. CARLO RAFFIOTTA (dirs.), *op. cit.* pp. 67-78, p. 71.

73 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección cuarta, caso *Wegrzynowski* contra Polonia, de 16 de julio de 2013, CE:ECHR:2013:0716JUD003384607.

tección de datos en calidad de contenido básico de ese derecho individual. El olvido digital, como derecho, surge en la concepción del TJUE incluso en relación con informaciones publicadas en medios de comunicación institucionalizados, si bien no correspondería a estos la responsabilidad de su retirada de la red y tendrían que ser los mismos motores de búsqueda los que actuaran como intermediarios frente a las potencialidades lesivas de su propia tecnología⁷⁴. Por otra parte, la jurisprudencia de Luxemburgo sigue al TEDH en ese emergente derecho «del público» a acceder a la información relevante⁷⁵, un derecho de una naturaleza difusa, pendiente de descubrir, que es susceptible de ponderarse de manera directa con los derechos de la personalidad y con la protección de datos. Finalmente, el TJUE establece límites que no pueden traspasarse sin afectar a las garantías propias de la privacidad, como ocurre con la retención de datos. Estos límites vinculan tanto a las regulaciones que hagan las instituciones europeas, sometidas a la Carta, como a las que hagan los Estados al transponerlas⁷⁶.

La cuarta conclusión se detiene en el potencial de conflicto entre protección de la vida privada y libertades de expresión, originado por las posibilidades que ofrece la tecnología. Ese potencial de conflicto aún está por desplegarse en todas sus facetas, por lo que quedan muchas por explorar. En los asuntos vistos hasta ahora, el Tribunal de Justicia hace gala de una contención considerable, consciente, creemos, de los límites de su competencia. Como ocurría con las reglas jurisdiccionales, en la parte sustantiva se denota una tendencia clara a favorecer los derechos de privacidad en la balanza de la ponderación. Aun así, tanto en la resolución del asunto Google Spain como en la de Digital Rights se revelan otras intuiciones, si bien el juez europeo se queda a medias en ellas. Constata la existencia de roces entre las garantías de unos y otros derechos, deja entrever que su atención al conflicto existe, pero aguarda, o eso nos parece, a innovaciones futuras en el marco regulador que le permitan ir más allá. Si estamos en lo cierto, el TJUE solo abordará el conflicto en sí cuando le

74 Y no exento de riesgos, como el de provocar un efecto disuasorio para las publicaciones digitales o al menos para su reproducción por parte de los motores de búsqueda. J. JONES, «Control-alter-delete: the "right to be forgotten"», *European Intellectual Property Review*, 2014, pp. 595-601, p. 599.

75 Caso Węgrzynowski contra Polonia, apartado 57. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección cuarta, caso Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldavia, de 27 de noviembre de 2007, CE:ECHR:2007:1127JUD004286405, apartado 31.

76 A. ROSAS, E. GOEBEL, «Le contrôle par la CJUE de actes de l'Union relatifs au traitement des données au regard de la Charte des Droits», *La Revue des Juristes de Sciences Po*, núm. 10, 2015, pp. 89-99, p. 97.

toque y pueda. Y eso será cuando se vean afectadas de manera clara competencias y objetivos del Derecho de la Unión. Por consiguiente, habrá que esperar el asunto que dé la ocasión para ello, si bien a la vista de la gran afluencia de casos relacionados con estas materias, así como del reciente acuerdo del Consejo sobre la propuesta de Reglamento de protección de datos, con las innovaciones que conllevará, eso puede ocurrir en cualquier momento.

Luxemburgo, mayo de 2015

Resumen

Desde los años setenta del siglo pasado, los derechos fundamentales han sido considerados por el Tribunal de Justicia como parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. La Carta de Derechos Fundamentales ha consolidado esa posición. Es por eso que la definición de esos derechos por parte del juez europeo tiene ahora un interés añadido, pues los perfiles que los mismos adopten en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia van a condicionar la manera en la que se interpreten y apliquen en los Estados miembros, al menos cuando se esté bajo el dominio del Derecho de la Unión. De entre todos los derechos de la Carta, este trabajo se centra en el estudio de los conflictos entre los derechos a la vida privada y a la protección de datos con las libertades de comunicación pública, que son conflictos centrales en la Sociedad de la Información.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Privacidad; Protección de datos; Libertad de expresión.

Abstract

Since the early days of European Integration, fundamental rights were considered by the European Court of Justice as fundamental principles of EU law. The Charter of Fundamental Rights of the European Union has reinforced such position within the EU legal system. For that reason, the definition of fundamental rights by the ECJ is now a main issue. The features of such rights, as regarded by the ECJ, would lead their application by the member states when EU law rules a controversy. Among all the rights in the Charter, this article aims to analyze the relationship between privacy, data protection and freedom of expression. Their mutual conflicts are central to the Information Society and becoming more and more frequent.

Key words: European Court of Justice; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Privacy; Data Protection; Freedom of Expression.

Recibido: 9 de junio de 2015

Aceptado: 9 de noviembre de 2015