

**LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A LA LUZ
DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJCE**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
3ª época, núm. 7, 2004, pp. 397-417

ISSN: 0212-8217

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

ABSTRACT

This paper discusses certain issues concerning the scope of application of the EC directives on data protection, including their applicability to non-commercial activities, the processing of personal data available in web pages and its consequences for the application of the rules on international transfers of data. The recent case-law of the ECJ on the interpretation of the EC directives on data protection receives special attention.

Keywords: Data Privacy, On-line Activities, Non-Commercial Activities, International Transfers

RESUMEN

Este artículo se centra la delimitación de ciertos aspectos del ámbito de aplicación de la legislación comunitaria sobre protección de datos personales, como son los relativos a su aplicación respecto de actividades no comerciales y los que conciernen al tratamiento de datos personales mediante su difusión en páginas de Internet y sus consecuencias sobre el régimen de las transferencias internacionales de datos. En el análisis recibe especial atención la jurisprudencia del TJCE en materia de protección de datos personales.

Palabras claves: Datos personales, Internet, actividades no comerciales, transferencias internacionales

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJCE

SUMARIO: I. Sentencias TJCE de 20 de mayo y 6 de noviembre de 2003. II. Protección de datos personales, derechos fundamentales y mercado interior. II.1. Implicaciones constitucionales. II.2. Alcance de la legislación comunitaria sobre datos personales: aplicación a actividades no comerciales. III. La protección de datos personales en Internet y la Directiva 95/46/CE. III.1 Eficacia directa y estado de transposición de la Directiva. III.2 Alcance de la Directiva 2002/58/CE. IV. Tratamiento de datos personales mediante su difusión en páginas de Internet. IV.1 Existencia de tratamiento y delimitación con los supuestos de captación de datos de usuarios. IV.2 Implicaciones de las transferencias internacionales y supuestos de comunicación de datos.

I. Sentencias TJCE de 20 de mayo y 6 de noviembre de 2003

1. En los últimos seis meses el TJCE ha dictado dos sentencias acerca de la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*DO* 1995 L 281/31). Las sentencias contienen pronunciamientos importantes en relación con la eficacia directa de ciertas normas de esta Directiva, las exigencias interpretativas derivadas de la vinculación de las reglas sobre el tratamiento de datos personales con las libertades fundamentales y el derecho a la intimidad, así como respecto a la aplicación de las reglas comunitarias sobre protección de datos personales a la difusión de informaciones a través de Internet, en concreto a través de páginas de Internet de carácter particular o elaboradas sin fines directamente comerciales y con especial atención a las implicaciones derivadas del alcance global de Internet y la puesta a disposición de esa información de personas situadas en cualquier lugar.

Antes de valorar el contenido de esas sentencias y de analizar las implicaciones de lo establecido por el TJCE para la interpretación de la legislación comunitaria y española de protección de datos así como para la práctica del tratamiento de datos personales a través de páginas de Internet, resulta obligado reproducir el fallo de las dos decisiones del TJCE reseñadas.

2. En su sentencia de 20 de mayo de 2003, as. C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Österreichischer Rundfunk*, el TJCE tuvo que pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por *Verfassungsgerichtshof* y por el *Oberster Gerichtshof* austriacos relativos a la compatibilidad con la Directiva 95/46/CE de ciertas obligaciones de las entidades sujetas a control del *Rechnungshof* (Tribunal de Cuentas) de proporcionar a éste información sobre las retribuciones y pensiones superiores a un nivel determinado, que tales entidades abonan a sus empleados y pensionistas, así como el nombre de los beneficiarios, con objeto de elaborar un informe anual para el Parlamento y para ser puesto a disposición del público en general.

Como respuesta a las cuestiones planteadas, el TJCE estableció que:

1) *Los arts. 6, ap. 1, letra c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 Oct. 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, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, siempre que se demuestre que la amplia divulgación no sólo del importe de los ingresos anuales, cuando éstos superan un límite determinado, de las personas empleadas por entidades sujetas al control del Rechnungshof, sino también de los nombres de los beneficiarios de dichos ingresos, es necesaria y apropiada para lograr el objetivo de buena gestión de los recursos públicos perseguido por el constituyente, extremo que ha de ser comprobado por los órganos jurisdiccionales remitentes.*

2) *Los arts. 6, ap. 1, letra c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46 son directamente aplicables, en el sentido de que un particular puede invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales para evitar la aplicación de normas de Derecho interno contrarias a dichas disposiciones.*

3. Por su parte, la sentencia de 6 de noviembre de 2003, as. C-101/01, *Lindqvist*, tuvo su origen en las siete cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de esa Directiva planteadas al TJCE por el *Göta hovrätt* sueco en el marco de un proceso penal relativo a la infracción de legislación sueca sobre protección de datos personales (que tipifica tales infracciones como ilícitos penales). En concreto, la pretendida infracción, por la que la acusada había sido ya condenada en primera instancia al pago de una multa penal, tenía su origen en la publicación por una ciudadana sueca -la Sra. Lindqvist- en su sitio Internet de diversos datos de carácter personal sobre varias personas que colaboraban voluntariamente junto con ella con una parroquia de una Iglesia sueca.

En respuesta a las cuestiones, el TJCE estableció que:

1) *La conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.*

2) *Un tratamiento de datos personales de esta naturaleza no está comprendido en ninguna de las excepciones que figuran en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 95/46.*

3) *La indicación de que una persona se ha lesionado un pie y está en situación de baja parcial constituye un dato personal relativo a la salud en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 95/46.*

4) *No existe una «transferencia a un país tercero de datos» en el sentido del artículo 25 de la Directiva 95/46 cuando una persona que se encuentra en un Estado miembro difunde datos personales en una página web, almacenada por una persona física o jurídica que gestiona el sitio Internet en el que se puede consultar la página web que tiene su domicilio en el mismo Estado o en otro Estado miembro, de modo que dichos datos resultan accesibles a cualquier persona que se conecte a Internet, incluidas aquellas que se encuentren en países terceros.*

5) *Las disposiciones de la Directiva 95/46 no entrañan, por sí mismas, una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión o a otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea y que tienen su equivalente, entre otros, en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario.*

6) *Las medidas adoptadas por los Estados miembros para garantizar la protección de los datos personales deben atenerse tanto a las disposiciones de la Directiva 95/46 como a su objetivo, que consiste en mantener el equilibrio entre la libre circulación de datos personales y la tutela del*

derecho a la intimidad. En cambio, nada impide que un Estado miembro extienda el alcance de la normativa nacional que adapta el Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 95/46 a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última, siempre que ninguna otra norma de Derecho comunitario se oponga a ello.

II. Protección de datos personales, derechos fundamentales y mercado interior

II.1. Implicaciones constitucionales

4. La sentencia TJCE de 20 de mayo de 2003 en la medida en que plantea la compatibilidad con las normas sobre protección de datos personales de la difusión pública de informaciones relativas al salario de ciertas personas, pone de relieve las peculiares exigencias interpretativas que con respecto a las normas de la Directiva –y las reglas nacionales de transposición, como sucede en España con la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal (LOPD)- plantea el carácter de derecho fundamental de la protección de datos personales. Por ello, el TJCE pone de relieve que la comunicación obligatoria a un organismo público y la difusión de los datos personales en las circunstancias de los asuntos que dieron lugar a ese pronunciamiento del TJCE sólo son acordes con la Directiva cuando satisfagan las exigencias resultantes derivadas de los derechos fundamentales. Esta circunstancia se vincula además con la progresiva consolidación en el espacio jurídico europeo como un derecho fundamental autónomo del derecho a la protección de datos personales.

En el estado actual de la evolución del Derecho europeo, el TJCE recurre al artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1959. Ciertamente, por su fecha de elaboración el CEDH no proclama un derecho fundamental a la protección de datos personales. Ese derecho debe considerarse comprendido en el artículo 8 CEDH, que garantiza el derecho a la vida privada y fija en su apartado 2 los requisitos que debe tener una eventual injerencia de la autoridad pública para ser admisible, lo que resulta de particular interés en el asunto controvertido, relativo a la obligación de comunicar a las autoridades públicas ciertos datos personales y a su posteriori difusión. Los requisitos que establece el artículo 8.2 CEDH para que las injerencias en la vida privada no supongan una intromisión inadmisibles en el derecho a la vida privada, que deben valorarse a la luz de la jurisprudencia del CEDH, son las siguientes: debe tratarse de medidas previstas por la ley, que sean necesarias, en una sociedad democrática para satisfacer alguno de los objetivos que enumera

el propio artículo 8.2 “la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

5. El TJCE pone expresamente de relieve (ap. 73 sen. 20 mayo 2003, *Österreichischer Rundfunk*) que la recogida de datos sobre los ingresos profesionales de una persona, para comunicárselos a terceros, está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 8 del CEDH, con base en la jurisprudencia del TEDH, que ha declarado que «ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales... del concepto de vida privada» (en particular, el TJCE se refiere a las SSTEDH, de 16 de febrero de 2000, *Amann c. Suiza*; y de 4 de mayo de 2000, *Rotaru c. Rumanía*, disponibles en <<http://www.echr.coe.int>>).

Si bien la protección de datos se limita a los relativos a personas físicas, la proyección de la reseñada jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 8 CEDH sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD puede tener consecuencias en lo relativo a la extensión de la protección de estas normas a datos relativos a ciertas categorías de personas, en particular a los empresarios individuales. Con base en que el TC ha afirmado en alguna ocasión con respecto a la protección del derecho a la intimidad del artículo 18 Const. que los hechos relativos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (SSTC 180/1987, de 12 de noviembre, FJ 4; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7 y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2), se han difundido planteamientos favorables a la exclusión de los datos relativos a empresarios individuales del ámbito de aplicación de la LOPD, ámbito en el que se observan vacilaciones en la práctica de la APD (*vid.* J. Aparicio Salom, *Esudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 35-41). Ahora bien, lo cierto es que el TC también ha señalado en otras ocasiones que mediante un análisis detallado y conjunto de hechos relativos a las relaciones profesionales, puede resultar posible acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (SSTC 142/1993, FJ 8 y 202/1999, FJ 2), que pueden menoscabar el derecho a la intimidad personal. La jurisprudencia del TEDH y del TJCE viene a avalar esa posibilidad y a favorecer la aplicación de la normativa sobre protección de datos personales a esas categorías de datos.

6. En su sentencia de 20 de mayo de 2003, el TJCE parte de que las exigencias derivadas del artículo 8.2 CEDH deben ser determinantes de la interpretación de los artículos 6.1.c), 7c) y e) y 13 Directiva 95/46/CE. Sólo si la medida que prevé la comunicación a terceros y difusión al público del

dato personal relativo al salario es conforme a las exigencias del artículo 8.2 CEDH -es decir, está prevista por la ley, persigue alguno de los objetivos contemplados en esa disposición y es necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tal objetivo-, podrá esa medida estar amparada en las normas nacionales de transposición de la Directiva.

El TJCE expone con base en la jurisprudencia del TEDH los criterios fundamentales de interpretación del artículo 8.2 CEDH a este tipo de casos, acotando el objetivo perseguido -mantener ciertos salarios dentro de unos límites razonables para garantizar una utilización óptima de los fondos públicos- y el aspecto más problemático de la medida -la amplia divulgación prevista de esos datos personales-, pero reserva a la jurisdicción nacional la valoración acerca de si en el caso concreto la normativa austriaca satisfacía plenamente esas exigencias.

7. De cara al futuro, la vinculación de la interpretación de la Directiva 95/46/CE con la normativa sobre derechos fundamentales se verá acentuada por la proclamación a escala europea del derecho fundamental a la protección de datos como un derecho independiente, si bien, ciertamente vinculado con la protección de la intimidad de las personas. A este respecto, cabe poner de relieve que el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en la versión entregada al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003, contempla la inclusión en su Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que incluye en su Título II, relativo a las libertades, el artículo II-8, dedicado específicamente a la “Protección de datos de carácter personal”. Ese artículo establece:

“1.- Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2.- Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3.- El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

De esta manera, está prevista la consolidación a escala comunitaria del derecho a la protección de datos personales como un derecho fundamental independiente. Además el derecho a la protección de datos, en relación con el tratamiento de datos personales por las instituciones de la Unión y por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, aparece

contemplado de manera específica en el artículo 50 de la Parte I del Proyecto de Tratado.

No obstante, desde la perspectiva española interesa destacar que en la jurisprudencia del TC, ya la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6 y 7), puso de relieve que el derecho fundamental a la protección de datos personales, derivado del artículo 18.4 Const. excede del que es propio del derecho a la intimidad del artículo 18.1. Conforme a la jurisprudencia del TC ese derecho atribuye a la persona un poder de disposición y de control sobre los datos personales, que se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su almacenamiento y tratamiento, y sus usos posibles por terceros, así como en la facultad de conocer quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, pudiendo oponerse a esa posesión y usos, de modo que impone a terceros deberes jurídicos que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad.

II.2. Alcance de la legislación comunitaria sobre datos personales: aplicación a actividades no comerciales.

8. En el contenido de la sentencia reseñada de 20 de mayo de 2003 destaca también un elemento de la interpretación de la Directiva 95/46/CE que es también decisivo de su impacto práctico, en particular como consecuencia de la expansión del empleo de las redes digitales con fines no sólo comerciales, sino con todo tipo de fines personales. El TJCE aclara que, pese a haber sido adoptada con base en el antiguo artículo 100 A TCE (actual art. 95) y estar, por lo tanto, vinculada a la consecución del mercado interior, la aplicación de esa Directiva no se limita únicamente a situaciones que presenten un vínculo efectivo con la libre circulación entre Estados miembros. Para el TJCE, subordinar la aplicación de las normas de la Directiva a la apreciación en el caso concreto de un vínculo de ese tipo no resulta una exigencia apropiada, en particular, porque provocaría que los límites del ámbito de aplicación de la Directiva resultaran particularmente inciertos y aleatorios, lo que menoscabaría su objetivo básico, fomentar la armonización entre las legislaciones de los Estados miembros.

9. Alguna de las consecuencias prácticas de este pronunciamiento sobre el régimen jurídico de actividades comunes en Internet pueden apreciarse con particular claridad a la luz de la otra sentencia del TJCE reseñada, la de 6 de noviembre de 2003, pues este criterio delimita restrictivamente el significado de la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los tratamientos efectuados en el marco de actividades no

comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario, prevista en su artículo 3.2.

Ciertamente, esa toma de postura por el TJCE es determinante de que resulten aplicables con carácter general las exigencias de la Directiva 95/46/CE -y de las normas de transposición- a ciertas actividades que los particulares llevan a cabo a través de Internet, aunque carezcan de finalidad comercial, siempre que impliquen un tratamiento de datos personales en los términos de la Directiva y no se hallen comprendidas en ninguna de las excepciones. Precisamente la sentencia TJCE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, establece que eso es así respecto de las páginas de Internet de particulares y ajenas a cualquier finalidad comercial (siempre que impliquen un tratamiento de datos), rechazando el planteamiento de las conclusiones del Abogado General de 19 de septiembre de 2003.

10. Desde la perspectiva de la legislación española, este criterio confirma que las obligaciones resultantes de la LOPD no son sólo aplicables a las actividades desarrolladas en Internet por los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Esta categoría, conforme aparece definida en el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), se limita a servicios que -aunque sean no remunerados por los destinatarios- constituyan un actividad económica para el prestador de servicios. Esta circunstancia resulta determinante de la aplicación de algunas de las obligaciones de la LSSI, por el contrario, las obligaciones establecidas en la LOPD normalmente serán de aplicación con independencia de esa circunstancia.

III. La protección de datos personales en Internet y la Directiva 95/46/CE

III.1 Eficacia y transposición de la Directiva

11. La Directiva 95/46/CE contiene la normativa marco sobre protección de datos personales a escala comunitaria, fijando las condiciones generales para la licitud del tratamiento de datos personales. Tiene, por lo tanto, carácter horizontal, en la medida en que resulta de aplicación a los diferentes supuestos de tratamiento de datos personales, sin perjuicio de que para algunos de ellos pueda haber reglas específicas en otras normas.

Del conjunto de las dos sentencias reseñadas cabe extraer dos elementos importantes relativos a la eficacia de la Directiva. Por una parte, el TJCE (aps. 95-99 STJCE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*) confirma

que la armonización llevada a cabo por la Directiva 95/46/CE es una armonización completa o de máximos, que excluye que las medidas adoptadas por los Estados miembros establezcan restricciones adicionales, salvo en los aspectos en los que la Directiva atribuye a los Estados un margen de apreciación o la posibilidad de establecer regímenes particulares. Conforme al criterio del TJCE, ese carácter de la Directiva es inherente a su finalidad, que es asegurar un alto nivel de protección de datos personales dentro de la UE, equiparando la protección en todos los Estados miembros. De esta manera, el principio de interpretación de la legislación nacional de conformidad con el Derecho comunitario puede ser de particular relevancia al concretar el alcance de algunas obligaciones de la LOPD, para evitar que su aplicación dé lugar a la imposición de exigencias y restricciones al tratamiento de datos personales no previstas en la Directiva.

Por su parte, la sentencia de 20 de mayo de 2003 (aps. 95-101) afirma que ciertas disposiciones de la Directiva 95/46/CE son directamente aplicables, es decir, pueden ser invocadas directamente por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en concreto, para evitar la aplicación de normas incompatibles con la Directiva. Ciertamente, muchas reglas de esa Directiva cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para la eficacia directa de las directivas, pues son suficientemente precisas e incondicionales; por lo que si no se han adoptado las medidas de transposición en el plazo previsto, pueden ser invocadas contra las disposiciones nacionales no conformes a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado. Cabe destacar que entre las medidas a las que el TJCE atribuye efecto directo se encuentra el artículo 6.1.c), que establece principios esenciales relativos a la calidad del tratamiento de datos personales (en concreto, la exigencia de que sólo se traten datos adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades).

12. La Directiva 95/46/CE constituye un ejemplo de progreso en la uniformización jurídica, pues sus normas han tenido un notable impacto sobre las legislaciones de los Estados miembros, que en la mayor parte de los casos han tenido que ser sustancialmente adaptadas, al tiempo que han influido decisivamente sobre la evolución de las legislaciones de países de otros ámbitos geográficos, en particular, porque el establecimiento de un régimen de protección equivalente al establecido en la Directiva es decisivo para evitar las importantes restricciones a ciertas transferencias internacionales de datos que establece la propia Directiva.

A pesar de la armonización comunitaria subsisten ciertas diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros sobre protección de datos, en particular como consecuencia de los retrasos en la

transposición en algún Estado miembro y las divergencias en la interpretación de alguna de sus normas entre los Estados miembros. No obstante, la Comisión descarta realizar propuestas de modificación de la Directiva en el futuro próximo, por considerar que su modificación no es necesaria ni deseable en la actualidad al haber cumplido su principal objetivo: asegurar un alto nivel de protección de los datos personales la UE y garantizar la libre circulación de esos datos; idea que además comparte una amplia mayoría de los Estados miembros. Así lo recoge expresamente Primer Informe de Transposición de la Directiva General de Protección de Datos, publicado por la Comisión Europea en mayo de 2003 (disponible en http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/lawreport_en.htm) que, sin embargo, también señala que la Comisión se propone actuar más adelante para tratar de reducir esas divergencias, si bien no detalla medidas concretas de actuación.

III.2 Alcance de la Directiva 2002/58/CE

13. Las normas de la Directiva 95/46/CE no agotan la armonización comunitaria de las reglas relativas al tratamiento de datos personales en Internet, pues algunos de los aspectos más importantes que suscita el tratamiento de datos personales en Internet se hallan regulados en una Directiva sectorial, que no menoscaba la aplicación general de la normas de la Directiva 95/46/CE. En concreto, se trata de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (*DO* 2002 L 201/37), que sustituye a la Directiva 97/66/CE, al modernizar el régimen comunitario en la materia, para contemplar, entre otros aspectos, ciertas situaciones propias del desarrollo de Internet.

En particular, la Directiva 2002/58/CE regula cuestiones tan relevantes como los requisitos exigibles al empleo de *cookies* u otros dispositivos semejantes con fines de acceso a la información almacenada en el terminal de un usuario (art. 5.3, que incluye una remisión parcial a la Directiva 95/46/CE), la posibilidad de retención de los datos de tráfico (art. 6) y el régimen de las comunicaciones comerciales no solicitadas mediante correo electrónico (art. 13).

14. No obstante, el legislador español ha optado por no incluir la regulación de estas tres cuestiones en el marco de la LOPD, sino por hacerlo en la regulación general relativo al comercio electrónico, en concreto, en la LSSI. Esa opción no parece la mejor y es consecuencia de una cierta precipitación como refleja, de una parte, el hecho de que el

artículo 12 LSSI –relativo a la retención de datos de tráfico- fuera incluido en la fase final de la tramitación de la LSSI y que transcurrido más de un año desde la entrada en vigor de ésta continúe siendo inaplicable al no haber sido aprobada su normativa de desarrollo; y, de otra, que el régimen de las comunicaciones electrónicas por correo electrónico contenido en los artículos 21 y 22 LSSI haya tenido que ser reformado al cabo de un año de vigencia en noviembre de 2003, precisamente para adaptarlo al contenido de la Directiva 2002/58/CE.

La reforma de los artículos 21 y 22 LSSI era necesaria como consecuencia de que imponían restricciones al empleo con fines comerciales del correo electrónico y medio equivalentes que van más allá de las establecidas en la Directiva 2002/58/CE, en particular, porque ésta establece una excepción a la prohibición de utilizar la dirección de correo electrónico para el envío de comunicaciones con fines de venta directa a los propios clientes, que no aparecía prevista en la LSSI. Esta reforma se ha llevado a cabo a través de la disposición final primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que además incluye en el artículo 22.2 LSSI una regla semejante a la del mencionado artículo 5.3 Directiva 2002/58/CE, que pretende prohibir la instalación no consentida por el usuario de programas espías u otros dispositivos similares en su terminal, así como exigir ciertos requisitos de información para el empleo de dispositivos que pueden perseguir un propósito legítimo.

IV. Tratamiento de datos personales mediante su difusión en páginas de Internet

IV.1 Existencia de tratamiento y delimitación con los supuestos de captación de datos de usuarios

15. Cuestión clave en la sentencia *Lindqvist* son las consecuencias de la consideración como tratamiento de datos de la inclusión de ciertas informaciones personales en una página de Internet. Como punto de partida, cabe hacer dos tipos de consideraciones.

Por una parte, la primera cuestión planteada al TJCE en realidad no ofrecía dudas significativas a la luz de la Directiva 95/46/CE. Pese a la pretensión de la acusada en el proceso de origen, de que no constituye tratamiento de datos la inclusión de éstos en el contenido de una página de Internet y su difusión a través de este medio, sino que resulta precisa alguna actividad adicional, como la inserción de los datos como palabra clave o *metatgs* entre los elementos de hipertexto de la página web, que facilita la inclusión de ésta en directorios y en listas de resultados de

buscadores; es claro que el concepto de tratamiento de datos de la Directiva es mucho más amplio. La noción de tratamiento de datos, que emplea la normativa comunitaria es muy amplia, pues comprende, de acuerdo con el artículo 2.b) de esa Directiva: “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión...”. Por lo tanto, resulta plenamente acorde con ese concepto la conclusión del TJCE en el sentido de que la actividad del responsable de una página de Internet, dedicado a recoger ciertas informaciones personales para incluirlo en sus páginas de Internet y ponerlas por este medio a disposición de terceros sí constituye tratamiento de datos personales.

Cuestión más delicada, sin embargo, resulta en la práctica determinar cuándo ese tipo de tratamientos pueden ser legítimos, en particular, en la medida en que se vinculen con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información o de expresión. Ciertamente ese aspecto era objeto de la sexta cuestión planteada ante el TJCE en el caso *Lindqvist*, pero éste se limita a señalar que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego. En realidad, el margen de apreciación reservado a los Estados miembros en la concreción de ciertos aspectos de la Directiva y la existencia de diferencias entre los Estados miembros en lo relativo al alcance de ciertos derechos fundamentales limitan decisivamente el alcance de la uniformización jurídica sobre el particular a escala comunitaria.

16. La segunda dimensión a destacar es que precisamente la situación suscitada ante el TJCE no se corresponde con las situaciones más conflictivas en la práctica de la aplicación de la Directiva 95/46/CE a las actividades llevadas a cabo a través de páginas de Internet y las que han requerido una mayor atención de los organismos nacionales sobre protección de datos, precisamente por el especial riesgo de captación de un número potencialmente muy elevado de datos personales sin el consentimiento de los afectados, así como por la oportunidad de establecer el modo de proceder por los responsables de páginas de Internet para hacer posible la captación de datos a través de éstas con todas las garantías para los usuarios (*vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2003, pp. 545-559).

Ciertamente, las situaciones que han recibido una mayor atención en defensa de la posición de los afectados por los tratamientos de datos llevados a cabo por titulares de páginas de Internet ha sido lo relativo a la

captación de datos personales a través de las páginas y a la utilización por el de los datos así recabados. Así lo ilustra, por ejemplo, desde la perspectiva comunitaria, el enfoque y contenido prevalente en los documentos elaborados por el Grupo de Trabajo establecido con base en el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE (en particular, el Documento “Privacidad en Internet: Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea”, de 21 de noviembre de 2000, y en su “Recomendación relativa a determinados requisitos mínimos para la recogida de datos personales en la Unión Europea”, de 17 de mayo de 2001, disponibles en <www.europa.eu.int/com/dg15/dataprot/index/htm>) así como en las “Recomendaciones al sector del comercio electrónico” elaboradas por la APD en el año 2001 (*vid.* Agencia de Protección de Datos, *Memoria 2001*, Madrid, 2002, pp. 124-135).

IV.2 Implicaciones de las transferencias internacionales y supuestos de comunicación de datos

17. La cuestión planteada en el caso *Lindqvist* acerca de si la mera difusión de datos personales a través de páginas de Internet es con carácter general susceptible de dar lugar una transferencia internacional de datos personales merece para el TJCE una respuesta negativa. Importa destacar que tales transferencias son objeto de importantes restricciones específicas en los artículos 25 y 26 Directiva 95/46/CE cuando el país de destino no tiene un nivel de protección equivalente al de la UE (acerca de ese régimen y de su proyección sobre el sistema español, *vid.* D. Sancho Villa, *Transferencia internacional de datos personales*, Madrid, APD, 2003). Ello a pesar de que en las alegaciones ante el TJCE en ese asunto, la Comisión sostuvo que “la introducción de datos personales en una página web con ayuda de un ordenador, de modo que dichos datos resultan accesibles a nacionales de países terceros constituye una transferencia de datos en el sentido de la Directiva 95/46” (ap. 53 STJCE de 6 de noviembre de 2003, as. C-101/01, *Lindqvist*). En todo caso, se trata de una cuestión en la que, ante la ausencia de una definición de transferencia en la Directiva, parecía no existir una respuesta uniforme y segura en las legislaciones de los diferentes Estados miembros (*cf.* C. Kuner, *European Data Privacy Law and Online Business*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 79-82.)

Como argumento práctico el TJCE pone de relieve que si la Directiva 95/46 se interpretara en el sentido de que existe una transferencia de datos a un país tercero cada vez que se publican datos personales en una página web, como consecuencia del alcance global de Internet, el régimen especial previsto en los artículos 25 y 26 de la Directiva se convertiría en la práctica en un régimen de aplicación general

a las actividades en Internet, de manera que los Estados miembros estarían obligados prácticamente a impedir cualquier difusión de los datos personales en Internet. Ello como consecuencia de que la mayoría de los países de la comunidad internacional no garantiza un nivel de protección adecuado conforme a los estándares comunitarios (no obstante, hay excepciones a la prohibición de transferencia –como la obtención del consentimiento inequívoco del afectado que podrían contribuir a matizar en parte ese planteamiento-).

18. Además la sentencia en el caso *Lindqvist* incluye ciertos criterios de delimitación de las situaciones en las que una revelación de datos personales debe ser considerada una transferencia de datos, a los efectos de la eventual consideración de la normativa restrictiva respecto a las destinadas a países que no ofrecen un nivel de protección adecuado.

El TJCE parece excluir, en primer lugar, que ese tipo de transferencias tenga lugar cuando la revelación no se produce como consecuencia del envío automático de la información a personas que no hayan buscado deliberadamente acceder a la misma, sino que sólo está a disposición de quien decida acceder a la misma mediante la realización a iniciativa propia de ciertas actividades de consulta de los datos (ap. 60). Habría comunicación de datos relevante a los efectos de los artículos 25 y 26 Directiva 95/46/CE si existiera una transferencia directa entre quien revela los datos y quien los recibe, pero no en situaciones como las que se encuentran en el origen de esa sentencia cuando los datos “se han transmitido con la ayuda de la infraestructura informática del proveedor de servicios de alojamiento de páginas web donde está almacenada la página” (ap. 61). Además, el TJCE expresa con claridad que su respuesta se elabora teniendo en cuenta que la cuestión planteada no contempla las operaciones realizadas por los proveedores de servicios de alojamiento de páginas web (ap. 62).

19. La solución alcanzada por el TJCE resulta en principio apropiada, en la medida en que la mera difusión de datos a través de páginas de Internet no debe quedar comprendida con carácter general en la categoría de transferencias que contemplan los artículos 25 y 26 con respecto a los posibles usuarios de la información disponible en esas páginas. Además, aporta criterios –los recogidos en el párrafo anterior– relevantes acerca de cuando existe propiamente una comunicación de datos que justifica un tratamiento jurídico peculiar, situaciones que tienden a coincidir con las que dan lugar bien a una cesión de datos en sentido propio –comunicación a un nuevo responsable del tratamiento– o de mero acceso a datos por cuenta del responsable –comunicación a un

mero encargado del tratamiento para que preste ciertos servicios al titular del fichero-.

Esa toma de postura puede resultar particularmente relevante en relación con la LOPD, que incluye en su artículo 3.i) una definición amplísima de comunicación de datos, como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”. Además, el legislador español, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 95/46/CE optó por establecer una regulación específica de las comunicaciones de datos -arts. 11 y 12 LOPD-, de la que resulta un régimen en lo relativo a la cesión de datos personales -en particular al alcance de la exigencia de consentimiento del afectado- más restrictivo que el existente en otros Estados miembros de la UE (cf. S. Miralles Miravet y S. Baches Opi, “La cesión de datos de carácter personal: análisis de la legislación vigente y su aplicación a algunos supuestos prácticos”, *La Ley*, 11 de mayo de 2001, ap. II.1). No obstante, en relación con las transferencias internacionales, la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la APD, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos, considera en el párrafo segundo de su norma 1ª como transferencia internacional de datos toda transmisión de los mismo fuera del territorio español; pero, aunque con carácter no exhaustivo, recoge que se consideran como tales las que constituyan una cesión o comunicación de datos y las que tengan por objeto la realización de un tratamiento por cuenta del responsable del fichero. Es decir, situaciones que van en línea con lo establecido por el TJCE

20. En todo caso, una vez alcanzada la solución ya señalada por el TJCE, en el texto de la sentencia del caso *Lindqvist* se deslizan ciertas consideraciones sobre esta cuestión de dudoso alcance. En particular, el TJCE, al afirmar que la difusión por el titular de la página de Internet de ciertos datos personales no implica una transferencia (internacional) con respecto a cualquier potencial usuario que acceda a través de Internet a esa información, manifiesta que su respuesta no contempla las operaciones realizadas por los proveedores de servicios de alojamiento de páginas web. Se trata de una apreciación llena de sentido, en la medida en que entre el titular de la página web y el proveedor de esos servicios sí existe normalmente una transmisión directa de información y además el proveedor presta ciertos servicios al titular para los que ha de acceder a los datos, lo que justifica su consideración como encargado del tratamiento de datos personales.

En tales circunstancias, parece que el TJCE debería haber puesto de relieve -pues en realidad en la quinta cuestión que le fue planteada sí que se hacía referencia a la posibilidad de que el servidor estuviera establecido en un tercer Estado- que la transmisión del contenido de la página web al

proveedor de servicios de alojamiento sí que puede implicar una transferencia de los datos personales, susceptible de quedar regida por el régimen previsto en los artículos 25 y 26. En esos casos sí hay una transferencia directa entre quien revela los datos (el titular de la página web) y quien los recibe (el proveedor de servicios en cuyos servidores se alojan las páginas de Internet) como exige el propio TJCE.

No obstante, el TJCE se limita a señalar que habida cuenta de que operaciones como las efectuadas por la Sra. *Lindqvist* no constituyen, por sí mismas, una transferencia de datos a un país tercero “no es necesario averiguar si alguna persona de un país tercero ha tenido acceso a la página web de que se trata o si el servidor del proveedor se encuentra físicamente en un país tercero” -ap. 70-. De ese texto entrecomillado, lo primero parece cierto y coherente con el resto de la sentencia, pues entre el titular de la página de Internet y los terceros que acceden a su contenido no existe ningún tipo de transferencia susceptible de quedar comprendida en los artículos 25 y 26 de la Directiva. Ahora bien, la parte final de ese texto entrecomillado sí hubiera merecido, como mínimo, una explicación adicional; ya que, como parece desprenderse del resto de la sentencia, entre el titular de una página de Internet en la que existen un conjunto de datos personales y el proveedor de servicios en cuyos servidores se aloja esa información sí existirá normalmente comunicación directa, que será determinante de la posición como encargado del tratamiento -en los términos en los que éste concepto se define en el art. 2.e) Directiva 95/46/CE- del proveedor de servicios, lo que justificaría la aplicación del régimen de los artículos 25 y 26 si la transferencia en el caso concreto tiene lugar a un país tercero.