

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

I

El Anteproyecto sometido a informe desarrolla, parcialmente, un derecho fundamental reconocido en la Constitución (art. 20.1.d) CE), que constituye, además, un pilar esencial en el desarrollo de una sociedad democrática, puesto que la libertad de información supone la posibilidad de la existencia de una opinión pública libre, a su vez garantía del pluralismo democrático, y desarrolla también lo relativo a la protección de las fuentes periodísticas reguladas en el art. 4 del Reglamento (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior y se modifica la Directiva 2010/13/UE (Reglamento Europeo sobre la Libertad de los Medios de Comunicación, o Reglamento 2024/1083).

Desde la perspectiva de la protección de datos personales, que es lo que incumbe a esta AEPD, cabe mencionar dos aspectos que resultan del texto presentado a informe.

II

El primero de estos aspectos es que el texto del Anteproyecto no hace referencia alguna a la materia de protección de datos, si bien la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) sí lo hace, correctamente, recogiendo la regulación que hace a este particular el Reglamento (UE) 2024/1083.

En concreto, y a instancias del Supervisor Europeo de Protección de Datos¹ (SEPD), el art. 1.2 del Reglamento (UE) 2024/1083 recoge que:

¹ Dictamen 24/2022 SEPD de 11 de noviembre de 2022, DO C 487 de 22.12.2022.

2. *El presente Reglamento no afectará a las normas establecidas por:*

(...)

g) el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo

Es decir, nada en el Reglamento (UE) 2024/1083 desplaza la aplicación del RGPD, de suerte que a todos los tratamientos de datos personales que se lleven a cabo en relación con dicha norma, relativa al secreto profesional de los periodistas, (con la excepción que mencionaremos en un instante) les es de aplicación la normativa de protección de datos contenida en esa norma.

Dado que las injerencias en el derecho a la confidencialidad de las fuentes pueden venir de las actuaciones de los poderes públicos en el ámbito penal, esas actuaciones se regirán por la normativa de protección de datos en la materia, contenida a nivel de la UE en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, y en España, en desarrollo de esta, por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

La MAIN recoge en su página 23 estos aspectos al referirse a las garantías que para el derecho al secreto profesional contiene el Reglamento (UE) 2024/1083:

El Reglamento dispone dos garantías adicionales para las medidas de vigilancia previstas en las letras b) y c) del artículo 4.3: (i) estas medidas deben ser revisadas periódicamente por una autoridad judicial o una autoridad decisoria independiente e imparcial a fin de determinar si siguen cumpliéndose las condiciones que justifican su uso (artículo 4.6); y (ii) la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, se aplicará a todo tratamiento de datos personales realizado en la instalación de las medidas señaladas, incluidas las garantías allí dispuestas como el derecho del interesado de información y de acceso a los datos personales en curso de tratamiento (artículo 4.7).

El art. 4.7 del Reglamento (UE) 2024/1083, a su vez, señala que específicamente:

La Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, incluidas las garantías allí dispuestas como el derecho del interesado de información y de acceso a los datos personales en curso de tratamiento, se aplicará a todo tratamiento de datos personales realizado en el contexto de la instalación de las medidas de vigilancia a que se refiere el

apartado 3, letra b), del presente artículo o la instalación de programas informáticos de vigilancia intrusiva a que se refiere la letra c) de dicho apartado.

Sin embargo, el Anteproyecto de ley no contiene ninguna referencia a que su regulación no desplaza ni afecta a la normativa de protección de datos personales (RGPD y LOPDGDD), ni tampoco recoge que los tratamientos de datos personales relacionados con las medidas previstas en el art. 4.3.b) o 4.3.c) del Reglamento (UE) 2024/1083 se han de someter a lo dispuesto en la Ley orgánica 7/2021, por cuanto se trata de una vigilancia intrusiva y exclusiva de los jueces del orden penal para la investigación de delitos, con los requisitos del art. 4.5.b) del Reglamento (UE) 2024/1083.

En conclusión, se sugiere en primer lugar que **el art. 6 del Anteproyecto comience con la expresión:**

“Sólo los jueces y tribunales del orden penal podrán ordenar (...)”

Y que en una **Disposición Adicional nueva** se recoja lo siguiente:

- 1. La presente Ley Orgánica no afectará a las normas establecidas por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo ni por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.***
- 2. La Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, incluidas las garantías allí dispuestas como el derecho del interesado de información y de acceso a los datos personales en curso de tratamiento, se aplicará a todo tratamiento de datos personales realizado en el contexto de la instalación de las medidas de vigilancia intrusiva a que se refiere el artículo 6 de la presente Ley Orgánica.***

III

Una cuestión adicional, en opinión de esta AEPD de suma importancia, es la determinación del ámbito subjetivo de la protección que ofrece esta ley.

Para ello hay que partir del art. 3 del anteproyecto, que establece que este derecho a la protección de las fuentes corresponde a *“los profesionales de la información”*.

El art. 4.3 del Reglamento (UE) 2024/1083, a su vez, menciona, respecto de la protección de las fuentes periodísticas, a *“los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial”* (lo que extiende, sin que ello sea de relevancia en este momento, a *“cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial, pudiera disponer de dicha información”*).

Ya el SEPD, en su dictamen citado 24/2022 de 11 de noviembre de 2022, sobre la propuesta de Reglamento (luego Reglamento (UE) 2024/1083), ponía de manifiesto, en sus apartados 10 a 14, respecto del Reglamento, que el aspecto personal de la protección que otorgaba el Reglamento no estaba bien determinado, lo que podía afectar a la claridad de la norma y a la certeza de la protección que se pretende. En concreto se refería a los periodistas de medios no convencionales, autoempleados o a periodistas en “formas no convencionales de empleo, como freelance o periodistas de investigación autoempleados”, lo que sería, añade, especialmente problemático respecto de las medidas previstas en el art. 4.2.b) o c) del Reglamento. Más específicamente aún, señalaba que no existe en el Reglamento una definición de “periodista”, lo que persiste en la versión definitiva de la norma aprobada por la UE, porque no aparece tal definición en el art. 2 de este. El texto del Reglamento, por lo tanto, a pesar de la redacción del Considerando 19, no parece recoger toda la variedad de situaciones en que puede encontrarse un “periodista”. Este Considerando 19 señala que:

Los prestadores de servicios de medios de comunicación y su personal editorial, en particular los periodistas, incluidos los que ejercen su actividad en tipos de empleo atípicos, como los profesionales independientes, deben poder contar con una protección sólida de las fuentes periodísticas y las comunicaciones confidenciales (...) [para] “cumplir su papel vital de «guardianes públicos»” (...)

A lo que el Considerando 21 añade que:

También resulta crucial para salvaguardar el papel de «guardián público» de los prestadores de servicios de medios de comunicación y, en particular, de los periodistas de investigación en las sociedades democráticas, y para defender el Estado de Derecho

Sin embargo, las definiciones del art. 2 del Reglamento (UE) 2024/1083 tan sólo hacen referencia a «servicio de medios de comunicación» y «prestador de servicios de medios de comunicación», cuyas definiciones parecen presuponer una cierta “habitualidad”, de ahí las expresiones *“actividad profesional”*, que se contiene en el apartado 2 del art. 2 del Reglamento, que engarza con el ámbito material que recoge el art. 3 del anteproyecto.

Al constar la expresión “profesional” o “actividad profesional” en un Reglamento de la UE, y dado que dicha norma no remite a los Estados miembros para su definición, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha declarado (véase, por ejemplo, entre otras muchas, Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021, C-419/21, apartado 81) que la interpretación ha de ser autónoma y uniforme en toda la UE:

A este respecto, procede recordar que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión (sentencias de 19 de septiembre de 2000, Linster, C-287/98, EU:C:2000:468, apartado 43, y de 1 de octubre de 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, apartado 47).

La cuestión estaría por tanto en la determinación del carácter “profesional” del periodista, en sus distintas acepciones como periodista (empleado de un medio, autoempleado, en un nuevo medio -internet- etc.).

Hay que dejar sentado, además, que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase en este último caso Goodwind c. Reino Unido) han recordado que la garantía del secreto profesional del periodista es una garantía que deriva de su papel en una sociedad democrática, y no como un derecho personal (STC 30/2022)

la prerrogativa del secreto profesional o protección de las fuentes de los periodistas y profesionales de la información encuentra justificación en «la función que estos cumplen así como en la garantía institucional de la libertad de información, pues “la jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que la libertad reconocida en el artículo 20.1 d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio de su titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia

Se trataría pues, a la vista del ámbito personal de protección prevista en el art. 3 de determinar dos cuestiones, para asegurar la claridad de la ley:

III-A

La primera si los periodistas de medios no convencionales (internet, blogs, periodistas de investigación autoempleados, etc.) están

cubiertos por el derecho al secreto profesional dado el término “profesional” que se utiliza en el texto.

Dados los términos en que se pronuncia los Considerandos 19 y 21 del Reglamento (UE) 2024/1083 no parece que no puedan ser incluidos en la protección de la ley, por lo que **se sugiere que el prelegislador, en el anteproyecto, establezca, o cuando menos, en la MAIN exponga, cuál es su determinación sobre esta cuestión, y los incluya expresamente** (bien sea en la definición de “profesional de la información” del art. 3 o de otra manera, de suerte que no haya dudas (en un sentido o en otro) **o de otra manera determine cuál es la situación de estos “periodistas”, quizás no habituales, respecto de si gozarían o no del derecho al secreto profesional regulado en nuestra ley orgánica.**

A tal respecto, cabe mencionar, como acertadamente también recuerda la MAIN, que el Reglamento (UE) 2024/1083 es tan sólo una norma “de mínimos”, de manera que la extensión de la protección que esta norma otorga puede extenderse. Así, los Considerando 23 y 24 del Reglamento señalan que:

*el presente Reglamento introduce **normas mínimas comunes** de protección de las fuentes periodísticas y las comunicaciones confidenciales, (...) **sin perjuicio de una protección ulterior o absoluta a nivel nacional.***

III-B

La siguiente cuestión que esta AEPD recomienda al prelegislador que aborde es si esta protección otorgada por la ley ha de extenderse también a quienes **no siendo “profesionalmente” periodistas** contribuyen, en un momento dado, a la información de una sociedad democrática comunicando libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

El ejercicio de la libertad de información puede dar lugar, en ocasiones, a posibles conflictos cuando para transmitir dicha información se necesitan tratar datos personales. A la vista de la importancia que se concede a la formación de la información pública en una sociedad democrática, en la ponderación de ambos derechos el RGPD ha establecido en su art. 85 que ambos derechos han de conciliarse para permitir la libertad de información, estableciendo la necesidad de ciertas exenciones o excepciones al derecho fundamental a la protección de datos. Dice así:

Artículo 85 Tratamiento y libertad de expresión y de información

1. Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el **derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos** y fines de expresión académica, artística o literaria.

2. Para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), IV (responsable y encargado del tratamiento), V (transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales), VI (autoridades de control independientes), VII (cooperación y coherencia) y IX (disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento de datos), si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información.

3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legislativas que adopte de conformidad con el apartado 2 y, sin dilación, cualquier modificación posterior, legislativa u otra, de las mismas.

Y el Considerando 153 del RGPD expone que:

*El Derecho de los Estados miembros debe conciliar las normas que rigen la libertad de expresión e información, incluida la expresión periodística, académica, artística o literaria, con el derecho a la protección de los datos personales con arreglo al presente Reglamento. (...) A fin de tener presente la importancia del derecho a la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario que **nociones relativas a dicha libertad, como el periodismo, se interpreten en sentido amplio.***

En cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 3 del art. 85 RGPD, el Reino de España ha comunicado a la Comisión que:

No se ha considerado necesaria la aprobación de este tipo de normas para conciliar ambos derechos, pues existe amplia y detallada jurisprudencia constitucional y ordinaria relativa a los límites de los derechos fundamentales y a la ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a protección de datos personales.

El **TJUE** ha tenido ocasión de pronunciarse sobre qué “periodismo” está amparado por estas excepciones al derecho fundamental a la protección de datos con el fin de poder ejercer el derecho fundamental a comunicar libremente información, en su **sentencia de 14 de febrero de 2019, C-345/17**,

Buivids. En el caso concreto, el Sr. Buivids, de nacionalidad letona, grabó en vídeo, en los locales de una comisaría de la Policía Nacional, su propia declaración durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador, y posteriormente publicó el vídeo grabado, en el que aparecían varios policías y la actividad que realizaban en la comisaría, en el sitio de Internet www.youtube.com. El Sr. Buivids alegó que, mediante la publicación del vídeo controvertido, intentaba llamar la atención de la sociedad respecto a lo que, a su juicio, constituía una actuación ilegal de la policía. El Sr. Buivids no es periodista de profesión.

En primer lugar, el TJUE recuerda (apartado 51 y 52) que

*[p]ara tener en cuenta la importancia que tiene la libertad de expresión en toda sociedad democrática, **es necesario interpretar ampliamente los conceptos relacionados con ella, entre ellos el de periodismo** (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 56), [...] porque ese concepto **se aplicaría “a toda persona que ejerza una actividad periodística”**.*

53. Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las «actividades periodísticas» son las que tienen por finalidad divulgar al público información, opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 61).

55 De este modo, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada en los apartados 52 y 53 de la presente sentencia, **que el Sr. Buivids no sea periodista profesional no permite excluir que la grabación del vídeo controvertido, así como su publicación en un sitio de Internet de vídeos en el que los usuarios pueden enviarlos, verlos y compartirlos, pueda acogerse a lo establecido en esa disposición.**

56 En particular, el hecho de que el Sr. Buivids haya publicado esa grabación en un sitio Internet de este tipo, en el caso de autos el sitio www.youtube.com, no puede, en sí mismo, privar a dicho tratamiento de datos personales de la condición de haberse efectuado «exclusivamente con fines periodísticos», en el sentido del artículo 9 de la Directiva 95/46.

57 En efecto, ha de tenerse en cuenta la evolución y la multiplicación de los medios de comunicación y de difusión de información. Así, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el soporte en el que se transmiten los datos, clásico como el papel o las ondas de radio, o electrónico como Internet, no es determinante para apreciar si se trata

de una actividad «con fines exclusivamente periodísticos» (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 60).

58 Dicho esto, como señaló en esencia la Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones, no puede considerarse que cualquier información publicada en Internet, relativa a datos personales, esté comprendida en el concepto de «actividades periodísticas» y disfrute por ello de las exenciones y excepciones previstas en el artículo 9 de la Directiva 95/46.0

59 En el caso de autos, el tribunal remitente debe comprobar si se desprende del vídeo controvertido que su grabación y su publicación tenían como **única finalidad la divulgación al público de información, opiniones o ideas** (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, apartado 62).

60 Para ello, el tribunal remitente podrá tomar en consideración, en particular, el hecho de que, según el Sr. Buivids, el vídeo se publicara en un sitio de Internet para llamar la atención de la sociedad sobre las prácticas supuestamente irregulares de la Policía que se desarrollaron en su toma de declaración.

61 Sin embargo, debe precisarse que la comprobación de tales prácticas irregulares no es un requisito para la aplicabilidad del artículo 9 de la Directiva 95/46.

62 En cambio, si resulta que la grabación y la publicación de este vídeo no tenían como única finalidad la divulgación al público de información, opiniones o ideas, no podrá considerarse que el tratamiento de datos personales controvertido en el litigio principal se haya realizado «con fines exclusivamente periodísticos».

En definitiva, el TJUE concluye que la determinación, a los efectos de la normativa de protección de datos, de la protección que a la actividad periodística confiere esta normativa (hoy día el RGPD) dependerá de si la citada información tiene como única finalidad la divulgación al público de información, opiniones o ideas. Pero dicha protección no depende del carácter “profesional”, o meramente habitual de la labor de periodista, sino de la finalidad de la información transmitida (divulgación al público de información, opiniones o ideas).

Nos encontramos por tanto con que la interpretación de la labor periodística por el TJUE (al menos en lo referente a protección de datos) comprendería al periodista “no profesional”, pero sin embargo, de la regulación

del Reglamento (UE) 2024/1083 y del anteproyecto de ley no se desprende con claridad suficiente si la protección al secreto profesional de las fuentes periodísticas se extiende e a estos periodistas “no profesionales”, con lo que existiría, en principio, una incongruencia normativa, porque estos periodistas “no profesionales” estarían protegidos por el art. 85 RGPD, pero no se establece con claridad si lo estarían por el art. 20.1.d) CE, en cuanto al secreto profesional.

Como ya ha manifestado esta AEPD no parece que el Reglamento (UE) 2024/1082 sea un impedimento, a la vista del carácter de “norma mínima” que el legislador UE le ha conferido, por lo que la ley nacional podría considerarlo, o cuanto menos, igualmente, excluirlo (sin perjuicio, ciertamente, de la posterior interpretación que lleve a cabo el TJUE sobre el concepto “profesional” o “actividad periodística” etc.) de manera que la ley establezca con claridad su ámbito de aplicación sin que existan dudas sobre su contenido para los destinatarios y los tribunales encargados de aplicar la norma.