

La intimidad europea frente a la privacidad americana

Una visión comparativa del derecho al olvido

Patricia S. Abril

School of Business Administration
Universidad de Miami

Eugenio Pizarro Moreno

Facultad de Derecho
Universidad Pablo de Olavide

Abstract

La Comisión Europea ha puesto de manifiesto la existencia de una percepción generalizada entre los sujetos en relación con los significativos riesgos que existen para ser protegidos, especialmente en el ámbito de las actividades online —propuestas de políticas y en especial Eurobarómetro (EB) 359, de protección de datos e identidad electrónica en la UE (protección de datos relacionados y la identidad electrónica en la UE, 2011)—. En este sentido, este artículo pretende ofrecer un estudio y análisis de los conceptos de intimidad y privacidad y su aplicación en el universo online, sobre todo a través del derecho de reciente creación denominado “derecho al olvido”.

The European Commission has revealed the existence of a widespread perception among the public that there are significant risks to protect people especially related online activities —recitals of policy proposals and special Eurobarometer (EB) 359, Data Protection and Electronic identity in the EU (Data Protection and electronic Identity in the EU, 2011) —. In this sense, this article aims to provide a study and analysis of the concepts of intimacy and privacy and its application in the online universe, mainly through the newly established right to be forgotten.

Title: European intimacy and American privacy: a comparative look at the right to be forgotten

Palabras clave: derecho al olvido, privacidad, intimidad

Keywords: right to be forgotten, privacy, privacy

Sumario

1. Planteamiento del problema: privacidad, internet y redes sociales
 - 1.1. Nociones de privacidad en la Red
 - 1.2. La nueva manifestación de los derechos de *privacy* en el entorno digital: el derecho al olvido en Europa
2. La naturaleza jurídica del derecho a la privacidad en el derecho civil estadounidense
 - 2.1. Planteamiento e historia
 - 2.2. Cuatro categorías de invasión a la privacidad
 - a) Intromisión en la reclusión
 - b) Apropiación del nombre o la figura
 - c) Distorsión de la imagen
 - d) Difusión pública de hechos privados
 - 2.3. Límites
 - a) La expectativa razonable de privacidad
 - b) Ausencia de interés público o informativo
 - c) Requisito de “información oprobiosa”
3. Conceptualización/Panorama de Derecho español y comparado: intimidad y derecho al olvido
 - 3.1. Breve panorama del conflicto constitucional entre derechos fundamentales
 - 3.2. El punto de partida jurisprudencial en el “derecho al olvido”
 - a) Cuestiones prejudiciales sobre el “derecho al olvido”
 - b) La incipiente e inminente regulación legislativa sobre el “derecho al olvido”
 - 3.3. Cuestiones técnicas
 - a) Cuestiones técnicas en el caso de los buscadores
 - b) Cuestiones técnicas en el caso de las redes sociales
4. La tensión entre la intimidad y el derecho a la libertad de expresión
5. Perspectivas de implantación del derecho al olvido
 - 5.1. Recursos técnicos y posibilidades. Análisis de los presupuestos de actuación
 - 5.2. Hacia una nueva estructura legal del derecho al olvido
6. Anexo: última noticia jurídica. Conclusiones oficiales y conclusiones dogmáticas
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Planteamiento del problema: privacidad, internet y redes sociales

La foto de Clarence W. Arrington aparece en primera plana de la revista del periódico *New York Times* en un artículo titulado “La clase media negra: Lográndolo”¹. Del otro lado del Atlántico, en el Reino Unido, la famosa modelo Naomi Campbell fue fotografiada saliendo de una clínica de rehabilitación para drogadictos². Dos fotos publicadas sin la autorización de los fotografiados: Arrington, un desconocido; Campbell, una fastuosa y célebre modelo. Ante los reclamos de ambos contra los periódicos y fotógrafos por violaciones a la privacidad, la Corte (*New York*) estadounidense en *Arrington* rechazó la existencia de ningún derecho contra el *New York Times*, mientras que la Corte europea en *Campbell* ordenó a los demandados el pago compensatorio por la violación a la privacidad de la modelo.

La lista podría continuar y hasta llegar a ser interminable: la princesa Carolina de Mónaco es fotografiada junto a sus hijos menores sin su consentimiento³, el Presidente de la Federación Internacional de Automóviles es calumniado por un periódico británico que proveyó de una cámara oculta a una prostituta para tomarle fotografías durante actos sexuales sadomasoquistas con supuestos temas nazis⁴; o Lorena McKennitt, una famosa cantante canadiense, es amenazada por la publicación de un libro sobre sus asuntos privados escrito por una antigua amiga y empleada⁵. Casos como los anteriores suceden en todas partes del mundo y, ante los mismos, las Cortes han reaccionado de disímiles maneras. Dichas reacciones son muchas veces el producto de las nociones de privacidad que el sistema legal ha acogido.

Los casos de Arrington y Campbell manifiestan la adopción de dos sistemas modelos y emblemáticos de protección al derecho a la privacidad.

¹ Ver, para más detalles sobre este caso, la sentencia en *Arrington v. New York Times Co.*, 55 N.Y.2d 433; 434 N.E.2d 1319; 449 N.Y.S.2d 941; 1982 N.Y. LEXIS 3203; 8 Media L. Rep. 1351 (N.Y. Court of Appeals 1982).

² *Campbell v. MGN Ltd* [2004] UKHL 22 (6.5.2004).

³ En el caso *Von Hannover v. Germany*, 2004-III Eur.Ct.H.R. 294, la Corte europea de Derechos Humanos reconoció el límite al abuso de los medios de comunicación por su injerencia arbitraria en la vida privada de los ricos y famosos: “[C]omo un sacrosanto derecho humano, cada individuo merece protección en su esfera privada, esa esfera que salvaguarda la dignidad familiar y fomenta el desarrollo personal y la conciencia política”. En este sentido ver también un reciente libro escrito por Robin D. BARNES (2010, p. 17). Según esta autora estadounidense el derecho a la privacidad es un prerrequisito en las democracias constitucionales. BARNES esgrime que los padres fundadores del constitucionalismo americano concibieron a la privacidad como un derecho fundamental de primer orden. Asimismo vincularon como componente fundamental de este derecho al honor y la dignidad individuales, presupuestos estos de una democracia sostenible.

⁴ Ver http://es.wikipedia.org/wiki/Max_Mosley, última visita 13.12.2012.

⁵ *McKennitt v. Ash* (CA), [2007] 3 WLR 194.

- *Arrington*:

En lo que aparentemente pudiera entenderse como una asociación elogiando la historia publicada y la figura de Arrington, resultó ser un insulto por las afirmaciones contenidas en el artículo y las implícitas conexiones sin fundamento entre las visiones del joven y las expresadas en el texto. El señor Arrington no dio su consentimiento para que publicaran tal fotografía⁶, mucho menos en una revista de circulación nacional. La foto fue tomada por un fotógrafo vinculado al periódico y presentaba a Arrington como el ejemplo de la expansión de la clase media negra profesional en la sociedad estadounidense. El autor del artículo concluyó que “este grupo ha estado creciendo mucho más desarraigado de sus menos afortunados coterráneos”⁷.

Por el contrario, Arrington, un joven analista financiero que emprendió su carrera primero en la General Motors y después en la Fundación Ford, entendió el texto no sólo como controversial, sino también como expresando ideas que él no compartía. Él y los lectores que leyeron el artículo lo encontraron “insultante, degradante, distorsionante y reprochable”⁸. Los hechos indicaron que este artículo implicó para Arrington que la sociedad le asociara con ideas que no eran las suyas e insinuaba que él había cambiado su manera de pensar, traicionando así a su “clase social”⁹. Las teorías que Arrington esgrimió en su demanda fueron las siguientes:

1. Argumentos basados en violaciones de los estatutos estatales de Nueva York de protección a los derechos civiles,
2. Argumentos basados en violaciones al derecho común a la privacidad, y
3. Violaciones al derecho constitucional a la privacidad.

Las tres fueron rechazadas. Al interpretar el estatuto¹⁰ la Corte decidió que “una fotografía publicada en un periódico y asociada a un artículo de interés público no se considera un “uso comercial” o con propósitos de mercadeo y/o publicidad, como sí lo prohíbe el estatuto”¹¹.

⁶ Ver *Arrington v. NY Times Co.*, 55 N.Y.2d 433 (1982). De hecho la fotografía fue tomada cuando el joven Arrington cruzaba una calle de la ciudad de Nueva York.

⁷ *Arrington v. NY Times Co.*, 55 N.Y.2d 433 (1982)

⁸ *Arrington v. NY Times Co.*, 55 N.Y.2d 433 (1982)

⁹ *Arrington v. NY Times Co.*, 55 N.Y.2d 433 (1982)

¹⁰ *Statute*, en el derecho anglosajón, puede traducirse como legislación o reglamentación.

¹¹ La Corte cita estas dos excepciones establecidas en el caso *Murray v. New York Magazine Co.*, 27 N.Y.2d 406 (1971).

La Corte mencionó que la pretensión de Arrington no prosperaría, siendo las únicas excepciones que tal fotografía no tuviera relación real alguna con lo publicado, o que el artículo y la fotografía fueren una promoción comercial disimulada¹². Estas excepciones no estuvieron presentes en el caso, pues la relación entre el texto publicado, la foto y Arrington indudablemente existía.

Asimismo la Corte decidió que no había soporte en el precedente judicial para hallar una violación al derecho común a la privacidad y, por último, que tampoco existía una acción estatal (*state action*) —o una violación por parte del Estado o de alguno de los organismos, instituciones o entes estatales—, pues el *New York Times* es un periódico privado¹³.

- Campbell:

En Europa la muy conocida Naomi Campbell rechazó en más de una ocasión la insinuación de haber estado tratándose contra la adicción a las drogas. Campbell fue fotografiada saliendo de una clínica de rehabilitación y las fotos fueron publicadas en un diario dirigido por MGN Limited. En este caso la modelo demandó compensación monetaria ante las Cortes inglesas, recibiendo una decisión favorable. Bajo las doctrinas de ruptura de confidencia y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho a la privacidad y a la vida familiar, Campbell alegó que la divulgación de la localización de las reuniones de drogadictos era una violación a la privacidad, y que las fotografías publicadas exponían esta información privada¹⁴.

De estos dos casos pueden interpretarse dos puntos sobre los cuales giran las nociones de privacidad. El primero es la noción de control y el segundo la noción de privacidad como derecho a la intimidad o a la dignidad¹⁵.

¹² La Corte de Nueva York analizó la evolución histórica y los antecedentes del estatuto y determinó que el mismo fue la respuesta directa al caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (171 NY 538), donde 25,000 reproducciones de la foto de un menor demandante fueron distribuidas por todo el país con el propósito de promover la compra de harina de la compañía Rochester Folding Box Co. Es de notar que los demandantes, al igual que en *Arrington*, no dieron su consentimiento ni sabían de tales hechos en *Roberson*.

¹³ CHEMERINSKY (2001, pp. 699-701). En el sistema legal americano para encontrar una violación a un derecho fundamental —como el derecho constitucional a la privacidad— la corte responde a cuatro preguntas en su análisis bajo la rúbrica del debido proceso (*fundamental rights under due process*): (1) Si existe o no este derecho constitucional (2) Si tal derecho ha sido infringido por el gobierno —acción estatal— (3) Si existe una justificación para la violación del derecho por parte del gobierno (4) Si los medios usados por el gobierno estuvieron lo suficientemente relacionados con el propósito de la regulación o ley que infringe el derecho constitucional.

¹⁴ Ver *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22. Disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/22.html>, última visita 13.12.2012.

¹⁵ ABRIL & LEVIN (2009, pp. 1001-1051).

1.1. Nociones de privacidad en la red

No existe una definición unitaria sobre la privacidad. Ciertamente el concepto refleja las relaciones entre los miembros de la sociedad y entre los gobiernos y los individuos. Las distintas sociedades adoptan una noción sobre otra, y esa noción informa a las políticas públicas al respecto, la legislación, y hasta los discursos académicos.

Las dos nociones prevalentes, como se evidencia de las legislaciones occidentales modernas y del discurso legal, son las mencionadas *supra*: privacidad entendida como control y la privacidad como dignidad. La jurisprudencia estadounidense otorga un lugar cimero a la noción de privacidad como control sobre la información personal y, por tanto, la autonomía de decidir con quién compartirla. Por el contrario, la jurisprudencia europea adopta la noción de privacidad como dignidad, o sea, como un derecho humano a la vida privada, un derecho y valor sustantivos de primer orden.

a) Privacidad como control sobre la información personal y como libertad

Esta noción representa la libertad individual de controlar la información personal. En otras palabras, es el escoger libremente quién tiene acceso a dicha información. Dos de las manifestaciones de esta noción son las Prácticas de Información Justas (*Fair Information Practices*, FIPs) y la responsabilidad civil extracontractual derivada del derecho común americano por difusión pública de hechos privados¹⁶. La primera Práctica provee al individuo del control sobre la información que él mismo divulga. A su vez, el individuo posee la necesaria información acerca de los mecanismos de colección de información que se implementan, lo cual conlleva que este individuo tome decisiones muchas más responsables e informadas acerca de la divulgación o no de dicha informaciones¹⁷.

El objetivo es que el individuo tome una decisión informada y con conocimiento a la hora de divulgar su información. Asimismo, las Prácticas de Información Justas proveen al sujeto del control sobre sus datos: desde el suministro de los mismos, al monitoreo sobre el uso, divulgación y retención de dicha información personal. Los sistemas de protección basados en los FIPs distinguen entre la información recolectada por una organización porque el mismo individuo la proveyó, y la información recogida o provista por terceras personas. El control de la información, como es lógico, se evidencia en su plenitud cuando la información es suministrada por el individuo directamente.

¹⁶ Más adelante este artículo aborda con más detalles esta acción jurídico-civil.

¹⁷ Por otro lado, y aunque sea en una lene referencia, Richard POSNER critica los intereses protegidos bajo la sombra de la privacidad entendiéndolos como heterogéneos. Así, el jurista norteamericano defiende la privacidad corporativa por encima de la personal pues arguye que la personal no contribuye al desarrollo económico. Recreando esta idea de privacidad como "control", el autor defiende la posición de que la privacidad debe ser protegida solamente cuando el acceso a la información privada o la difusión de la misma reduzcan el valor de tal información.

- Como libertad:

En "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty", James Q. Whitman presenta interrogantes curiosas: ¿Por qué los franceses evaden hablar sobre sus salarios y, sin embargo, se quitan la parte superior del bikini? ¿Por qué los americanos se someten a extensivos reportes de crédito sin rebelarse? El autor coincide con las dos nociones antes apuntadas y plantea que la privacidad para los americanos es entendida, esencialmente, como la libertad de rechazar la intromisión gubernamental en la esfera privada. Continúa diciendo que esta libertad se manifiesta con alta intensidad, por ejemplo, en la protección de la santidad del hogar frente a los actores gubernamentales¹⁸, y atenuada, en la esfera de las invasiones mediáticas¹⁹.

b) Privacidad como Dignidad

Esta es la noción prevaleciente en el continente europeo. Notables académicos, juristas y filósofos estadounidenses han abordado esta noción de privacidad como dignidad, aunque las leyes del país no la reflejen. Es este el aspecto de la privacidad que defendían Samuel Warren y Louis Brandeis en su artículo del *Harvard Law Review* en el 1890²⁰. Amenazados por "la intensidad y complejidad de la vida" y por "los recientes descubrimientos y métodos de llevar a cabo los negocios" estos autores notaron que "la reclusión y la privacidad se han convertido en indispensables para el individuo". También decían que era un imperativo para la ley el proteger la privacidad bajo el principio de la "inviolabilidad de la personalidad". Edward Bloustein entendió que todos los intereses privados comparten un valor: el respeto por la dignidad del individuo, su integridad e independencia. La personalidad moral de un ser define su esencia como un ser humano, decía Bloustein. Una violación a la privacidad deja a la persona a merced de la querrela y el escrutinio públicos. Esta desnudez ante el mundo exterior entrega a la persona y a su sentido de auto vulnerabilidad de una manera ofensiva a su dignidad humana.

Una mirada a la privacidad enfocándose en el aspecto de la dignidad humana implica inevitablemente el reflejo del desarrollo de la personalidad *per se* y del "yo interior". Desde este punto de vista, la privacidad implica el derecho de mantener ciertos aspectos de la vida privada fuera del alcance de otros y, por lo tanto, el derecho a construir diferentes

¹⁸ En este artículo, WHITMAN (2004, p. 1161) arguye fundamentales diferencias entre la privacidad continental —la noción europea— y la privacidad estadounidense. En resumen, el autor apunta que la noción americana se centra en las libertades frente al estado o los aparatos gubernamentales, la libertad de no permitir intromisiones por parte de los entes estatales, especialmente en el hogar. Por otro lado, la noción continental abarca el derecho al "respeto" y a la "dignidad personal", a la "propia imagen", al derecho al "nombre", la "reputación", y el derecho a "divulgar o informar lo que uno estime pertinente" —*right to informational self-determination*—.

¹⁹ WHITMAN (2004, p. 1162).

²⁰ WARREN y BRANDEIS (1890, pp. 205-207).

“personalidades situacionales”. Al hacer esto, el individuo divulga aspectos de su privacidad en diferentes ambientes y en diferentes contextos. El riesgo mayor es la falta de capacidad de libremente administrar qué información privada fue divulgada y en qué contexto, lo cual conlleva a consecuencias sociales catastróficas.

Desarrollada esta noción originalmente en Francia y Alemania, el derecho a la protección de la vida privada plantea la creación y el mantenimiento de una identidad personal, una intimidad, y de una comunidad. Así, los países europeos siguen de una u otra forma esta noción centrada en la protección de la dignidad humana y, consecuentemente, la entienden como un derecho inherente a la personalidad.

La consagración legislativa suprema de esa noción aparece recogida en la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 8.1. Este artículo plantea bajo el amparo del derecho al respeto a la vida privada y familiar que:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

c) La privacidad en las redes

¿Cómo se manifiestan estas nociones en las redes? En el artículo *Two Notions of Privacy Online*, la profesora Sánchez Abril de la Universidad de Miami, Estados Unidos, y el Profesor Levin de la Universidad de Ryerson, Canadá, llevaron a cabo un estudio acerca de la protección de la información personal y las expectativas de privacidad en las Redes Sociales (OSN-*Online Social Networks*). El estudio se preguntaba cómo explicar que los usuarios de las redes sociales tendieran a divulgar tanta información personal y todavía retuvieran alguna forma de expectativa a su privacidad. ¿Cómo los usuarios de estos sitios de internet definen sus expectativas de privacidad? ¿Es esta expectativa siempre irrazonable? Estos fueron los dos campos esenciales de investigación socio-jurídica.

Los investigadores de este proyecto global entrevistaron aproximadamente a 2.500 jóvenes internautas. Las edades oscilaron entre los 18 y 24 años de edad. La asunción teórica de este empeño investigativo fueron las dos prevaletentes y competitivas nociones de privacidad en el internet: la idea de privacidad como control y la idea de privacidad como dignidad.

Hasta la fecha de publicación de ese artículo, la idea de privacidad como control fue la predominante. El artículo se centró en un análisis de las dos redes sociales líderes en el mercado del internet (Facebook y MySpace), y llegó a la conclusión de que estas redes propulsan una noción de privacidad como el control del usuario sobre ella.

Sin embargo, las redes sociales presentan un reto inigualable en la modernidad: un control extremo sobre la privacidad no impide que internautas en su afán de socializar difundan información personal de terceros usuarios o no usuarios que puede ser catalogada como difamatoria, no deseada y muchas veces disponible a un número indeterminado de

participantes. Muchos de los participantes divulgan información sin aparentemente importarles la pérdida de control sobre ella. No obstante, son ya conocidas las reacciones de indignación cuando la información personal es divulgada, usada, o accedida sin autorización por usuarios pertenecientes a otra red o simplemente por individuos fuera de esta.

El artículo, por lo tanto, presentó una idea de privacidad en el ciberespacio social que plantea lo siguiente: los participantes en las redes sociales de internet poseen una expectativa legítima de privacidad online, la privacidad que la red misma otorga y la que de la red se espera. Esta noción proyecta los dos aspectos emblemáticos en los que se ha discutido académicamente y entendido prácticamente a la privacidad: la esfera de control y la de dignidad. De acuerdo a esta noción planteada por Abril y Levin, la información es considerada por los participantes en las redes sociales como “privada” en tanto la misma no sea divulgada fuera de la red en la cual inicialmente fue difundida, si la misma fue originada entre ellos; o si la información no afecta la personalidad del internauta, si la misma fue originada por otros²¹.

1.2. La nueva manifestación de los derechos de *privacy* en el entorno digital: el derecho al olvido en Europa

En este entorno y con las manifestaciones que acabamos de hacer, se va abriendo paso —no ciertamente, una nueva noción de privacidad— sino más bien un derecho retrospectivo (con carácter retroactivo, diríamos jurídicamente) para cribar aquellos datos personales susceptibles de minar los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen. Pero, ¿cómo y para qué instaurar ese derecho? “No creo que la sociedad entienda lo que sucede cuando todo está disponible, listo para ser conocido y almacenado indefinidamente”²². Es probable que haya pasado ya el tiempo en que teníamos poder de disposición y control absoluto sobre nuestra intimidad; es probable que uno de los efectos colaterales de la banalización de la información que se publica en la Red sea una pérdida irremisible de una intimidad que, no sólo ha dejado de pertenecernos en parte, sino que —es probable— cuando queramos recuperarla, se encuentre ya grabada con tinta indeleble en cualquier computadora del mundo: con estos parámetros, ¿podemos pretender que se instaure un derecho al olvido o a ser olvidado (*right to be forgotten-right to oblivion*) haciendo un borrado selectivo de la información online que —presuntamente— nos perjudica?

²¹ WARREN y BRANDEIS (1890, pp. 205-207) y ABRIL & LAVIN (2009, p. 1001).

²² Eric SCHMIDT, consejero delegado de Google, en una entrevista concedida a *The Wall Street Journal* el pasado 14 de agosto de 2010. “El principal problema que plantea la publicación en Internet está en los efectos multiplicadores que realizan los buscadores —por ejemplo, *Google* o *Yahoo!*—, que permiten localizar información relacionada con personas” (TRONCOSO, disponible online a fecha de 14.4.2013).

El 28 de febrero de 2012 se abrió por el Vaticano, Museo Capitalino Romano, una exposición que, bajo el interesante nombre de *Lux in Arcana* —Luz sobre el Misterio—, pretendía dejar a los focos de la luz documentos desclasificados del Archivo Secreto Vaticano que habían estado y permanecido ocultos o clandestinos durante siglos, ajenos por lo tanto a la información, a la curiosidad y, lo que es peor, a la cultura popular; ajeno en resumen a la libertad de opinión y de información²³. Es evidente cuáles son los peligros que se esconden bajo la decisión, normalmente arbitraria, de determinar qué información es accesible y qué información— nos referimos a información que afecte a la intimidad en sentido amplio de las personas— ha de sustraerse a los intereses sanos o malsanos de los demás. Por ello no resulta fácil desde un punto de vista dogmático, ni resulta fácil desde un punto de vista legislativo, dar forma a un derecho de perfiles y límites tan delicados²⁴.

“Mención especial merece el tratamiento de los datos personales que revisten un interés histórico. En tal caso, de manera similar a lo que sucede cuando existen otras razones legítimas como las finalidades informativas o las citadas fuentes de acceso público, el derecho al olvido digital puede decaer fácilmente, porque los datos de carácter histórico y cultural deben ser conservados en la medida que la finalidad que se pretende alcanzar con su conservación y tratamiento no caduca ni pierde intensidad por el simple paso del tiempo.

El estudio en perspectiva comparada puede ser de especial interés sobre este último extremo. En Italia, el *Garante per la protezione dei dati personali*²⁵ ha aprobado un código de conducta que establece las reglas y los límites del uso de los datos personales recogidos en la investigación histórica independiente y del derecho a la educación e información. Se garantiza así que en el acceso a registros y documentos se respete la dignidad de las personas y, en especial, el derecho a la identidad personal. Y además se establece que la recopilación de datos en archivos dedicados a la investigación histórica debe ser fomentada

²³ “Los documentos que verán la luz por primera vez, y que están comprendidos entre el siglo VIII y la primera parte del siglo XX, gozan de un buen estado de conservación. La selección (no debe ser fácil escoger 100 documentos entre 85 kilómetros de estanterías y tantos siglos de historia) se ha realizado pensando en interesar al mayor público posible. Por eso, además de las peripecias de Galileo Galilei y de Giordano Bruno, de la confesión bajo torturas de los templarios o de las angustias financieras de Miguel Ángel, también se ha incluido un guiño a los amantes de lo rosa. Hay hasta una carta de María Antonieta desde la cárcel: “Los sentimientos de quienes participan en mi dolor...”, diario El País, consultado online a fecha 28.02.2012. WEBER (2011): <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>.

²⁴ En perspectiva comparada, encontramos algunos ejemplos que merecen ser señalados aquí, aunque sucintamente, sobre el reconocimiento del derecho al olvido digital. A modo de ejemplo, la *Commission nationale de l'informatique et les libertés*, el equivalente francés de la AEPD, ha basado la existencia del derecho al olvido atendiendo al principio de finalidad del tratamiento de los datos personales —*droit a l'oubli*—, y se posicionó favorablemente para el reconocimiento del carácter fundamental del derecho al olvido de manera pionera en el año 1999. En una línea similar, el *Garante per la protezione dei dati personali*, máximo órgano de tutela del derecho a la protección de datos en Italia, resolvió en noviembre del año 2004 un caso reconociendo el derecho al olvido —*diritto all'oblio*— dentro del derecho fundamental a la protección de datos [SIMÓN (2012)].

²⁵ <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1116068>.

y tratada como instrumento válido de conservación de los datos dada la utilidad operativa de los mismos. Tal previsión aporta seguridad jurídica y, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico carece de un código de conducta parecido, no es desdeñable señalar aquí las bondades de éste y la más que deseable actuación futura de las autoridades de protección de datos españolas en un sentido parecido”²⁶.

Lo innegable es que este derecho ha entrado en ebullición, al menos en Europa. Basta para ello acudir a un recentísimo artículo escrito por Jef Ausloos²⁷ para sacar conclusiones en este sentido (el artículo incorpora buena y abundante bibliografía). Por de pronto, su definición en los propios textos jurídicos europeos: “The right of individuals to have their data no longer processed and deleted when they are no longer needed for legitimate purposes”²⁸. Se trata sin duda de un concepto amplio e indeterminado, pero un buen comienzo (al menos para definirlo). Las propias limitaciones o, dicho en palabras del artículo²⁹, los propios inconvenientes que se derivan de una eventual regulación del derecho al olvido, pueden ser condensados en los siguientes apartados:

a. Limited Scope. En el sentido de que da la sensación de que el alcance limitado del derecho al olvido ha de estarlo por una relación previa “contractual”, es decir, en la que previamente el afectado hubiese prestado su consentimiento (esto no siempre es así, y, como ejemplo, existen casos donde el interés del afectado —como ocurrió en España— en suprimir la información que aparecía online se derivaba de la información que aparecía en los buscadores de que había sido indultado por el Gobierno después de que hubiese cumplido parte de la sanción penal que se le impuso). Como dice Ausloos, el concepto no es adecuado para hacer frente a los problemas de privacidad en los que los datos se obtuvieron legalmente sin el consentimiento de la persona. Además, es importante recordar que el derecho sólo proporciona una solución a posteriori a cuestiones de intimidad.

²⁶ SIMÓN (2012).

²⁷ El propio *abstract* del artículo explica: “In the last few years there has been a lot of buzz around a so-called “right to be forgotten”. Especially in Europe, this catchphrase is heavily debated in the media, in court and by regulators. Since a clear definition has not emerged (yet), the following article will try to raise the veil on this vague concept. The first part will weigh the right's pros and cons against each other. It will appear that the “right to be forgotten” clearly has merit, but needs better definition to avoid any negative consequences. As such, the right is nothing more than a way to give (back) individuals control over their personal data and make the consent regime more effective, (...). Combined with a public-interest exception, this should (partially) restore the power balance and allow individuals a more effective control over their personal data”, AUSLOOS (2012).

²⁸ *European Commission, “A Comprehensive Approach On Personal Data Protection In The European Union”*. COM (2010) 609 final: <http://bit.ly/bXUXvi>.

²⁹ AUSLOOS (2012, p. 9).

b. Anonymized Data. Esto es, el individuo no puede pretender el cribado de datos respecto de información anónima. No existe o no se conoce contra quién podría hacerse valer este derecho.

Pensamos que la razón de este argumento es sutil: el contrapeso del anonimato de una información colgada en internet es la falta de credibilidad.

c. Subtle Censorship. Se trata también de uno de los argumentos más argüidos contra el establecimiento del derecho al olvido: al permitir a las personas eliminar a voluntad los datos que le afecten, la información relevante puede llegar a ser incompleta, inaccesible o erróneamente representativa de la realidad. Es decir, y como veremos con detenimiento, el establecimiento de este derecho podría suponer una fricción insalvable con las libertades de expresión e información. En definitiva, podría abrir una puerta a otras formas de censura.

d. Practical Difficulties. Lo analizaremos brevemente en las dificultades técnicas. Basta una pregunta para entenderlo: ¿cómo proceder a eliminar los datos perjudiciales (y sólo éstos) para las personas que se encuentran en multi-plataformas ubicuas y opacas?

e. The Illusion of Choice. Se trata, quizá, de una “fantasía” o una ilusión. El “derecho a ser olvidado”, sin duda, es insuficiente para hacer frente a los problemas de privacidad en la red. La introducción de un “derecho a ser olvidado” sólo pospone la ilusión de la elección. Adicionalmente se puede agravar la situación del individuo aún más y ofrece un comodín para más usos intrusivos de la privacidad. Pueden nacer así ciertos grados de frustración por no ver realizado un derecho que se ha concedido.

2. La naturaleza jurídica del derecho a la privacidad en el derecho civil estadounidense

El término “privacidad” en los Estados Unidos concita a una amplia gama de doctrinas legales, filosóficas y debates políticos. Así, el derecho estadounidense a la privacidad ha encontrado su manifestación en disímiles instituciones jurídicas, incluyendo a los derechos constitucionales, las leyes o estatutos especiales, y en acciones propias del derecho común.

La Constitución de los Estados Unidos enumera a través de un sistema de *numerus clausus* los derechos y facultades del gobierno federal. En las primeras 10 enmiendas de esta Carta Magna, conocidas como la Carta de Derechos o “Bill of Rights”, se establecen muchos de los derechos civiles garantizados a los estadounidenses. Curiosamente la palabra “privacidad” no aparece ni en la Constitución ni en la Carta de Derechos. Fue la Corte Suprema la que encontró que, tanto la Carta de Derechos como la Decimocuarta Enmienda a la misma, protegen el derecho a la privacidad relacionado con la libertad de asociarse, la

integridad corporal, y las decisiones individuales acerca de la educación, la vida familiar y la sexualidad.

En esta línea de pensamiento, el desarrollo del derecho constitucional estadounidense a la privacidad se ha enfocado en entenderlo como un derecho a lo físico, a la información, a decidir libremente, a la propiedad y a la libre asociación. Como es derecho y a la vez garantía constitucional, la privacidad también puede ser descrita como el derecho de los individuos frente a las interferencias gubernamentales en sus vidas privadas.

El marco legal en el que se generó el derecho a la privacidad partió de la interpretación de la libertad como valor fundamental en la sociedad estadounidense. Es por ello que privacidad y libertad son términos entremezclados y a la vez cobran vida propia. Algunos ejemplos de los diversos tipos de problemáticas legales y sociales descritas bajo la sombrilla de la privacidad en los Estados Unidos son los siguientes: leyes que regulan el derecho a rechazar atención médica, o el registro ilegítimo de una vivienda personal (derecho a la privacidad físico-espacial), el derecho a monitorizar las computadoras en los centros de trabajo (privacidad informática), el derecho de las parejas del mismo sexo a elegir el matrimonio (privacidad de elección), y el derecho a incluir o excluir a terceras personas (privacidad en la asociación). Pese a la ausencia literal del término “privacidad” en la Constitución, ciertos derechos a la privacidad son doctrina sentada a través del precedente judicial.

La dimensión privatista del derecho a la privacidad está reflejada en la reacción del ordenamiento civil estadounidense a los ataques a este derecho de manos de un particular. Esta reacción consiste en el otorgamiento al perjudicado de acciones indemnizatorias de contenido extracontractual, i.e., acciones privadas del derecho común cuyo propósito es proteger la privacidad del individuo afectado. Quizás por el silencio constitucional y por las tantas vertientes que se generan, al derecho estadounidense le ha sido difícil definir el derecho a la privacidad³⁰.

Mientras algunos teóricos legales definen a la privacidad como una función de accesibilidad a la persona³¹, otros la han definido en términos de control sobre la información³² o la persona y su intimidad³³.

³⁰ Ver: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 509 (1965) (Black, J., en desacuerdo) identificando el derecho a la privacidad como un “amplio, abstracto y ambiguo concepto”; *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F.3d 1222, 1229 (7th Cir. 1993) definiendo el derecho a la privacidad como “una misteriosa pero profunda realidad acerca de la personalidad humana”; SOLOVE (2006, p. 477), “Privacidad es un concepto desordenado. Nadie puede articular lo que significa”; MCCARTHY (2005) “El simple término ‘privacidad’ ha absorbido tantos significados diferentes en tantas situaciones legales difíciles que ha dejado ampliamente de transmitir ningún concepto coherente en particular”.

³¹ ALLEN (1988): “[P]rivacidad personal es una condición de inaccesibilidad de la persona, de su estado mental, o información acerca de la persona al sentido o mecanismos de vigilancia de otros”; GAVISON (1980, pp. 428): “[U]n individuo disfruta perfecta privacidad cuando está completamente inaccesible a otros”.

A pesar de tantas formulaciones contradictorias, la interpretación más aceptada en el derecho estadounidense es la privacidad como “the right to be let alone”, traducida como el derecho del individuo a que le dejen en tranquilidad, paz y soledad³⁴. Así, la privacidad tiende a estar moldeada para proteger la autonomía de los individuos contra las interferencias por encima de cualquier otra cosa.

Los filósofos legales estadounidenses, desde antaño, han concebido la autonomía como el valor central de la privacidad. Como dijera Stanley Benn, filósofo y teórico del Derecho, el individuo es ambas cosas, un producto y un promotor para escoger su ser³⁵. Su decisión de mantener ciertas cosas privadas y hacer otras públicas es fundamental para el desarrollo de su identidad como una persona autónoma que libremente elige a sus propios proyectos en la vida³⁶. El profesor Richard Parker describió la privacidad como “el control sobre cuándo y por quiénes las varias facetas de nuestras vidas pueden ser percibidas por otros”³⁷. El iusfilósofo Alan Westin le describió como “la acción de individuos, grupos, o instituciones para determinar por ellos mismos cuándo, cómo, y hasta qué medida la información acerca de ellos es comunicada a otros”³⁸.

Algunos filósofos han confrontado este enfoque de la autonomía con los valores centrales presentes en otras jurisdicciones. Por ejemplo, el modelo continental europeo de protección a la privacidad valora la dignidad individual por encima de todo y este valor, en la práctica, significa que la dignidad individual es equilibrada igualmente frente a la libertad de expresión. Por el contrario, en los Estados Unidos, la libertad de expresión, también fundamentada en la autonomía, se sobrepone a las necesidades individuales de privacidad, resultando que se potencia la libertad de expresión frente a la privacidad.

³² FRIED (1968, pp. 475-482): “Privacidad es (...) el control que tenemos sobre la información acerca de nosotros mismos”; WESTIN (1967), identificando cuatro “estados básicos de la privacidad individual”: (1) soledad (2) intimidad (3) anonimato ; y (4) reserva, lo cual es “la creación de una barrera psicológica contra las intromisiones no queridas”; p. 7: “Privacidad es el reclamo de los individuos, grupos, o instituciones para determinar por ellos mismos cuándo, cómo, y en qué medida la información acerca de ellos es comunicada a otros”). WESTIN plantea varios niveles de privacidad y discute el rol crucial del control del individuo y la toma de decisiones en cada nivel. WESTIN (1967, pp. 31-32).

³³ SOLOVE (2002, pp. 1087-1094): “Aunque los escritos académicos y las decisiones judiciales sobre privacidad han sido extensivos, los mismos han producido un cúmulo de diferentes concepciones sobre la privacidad, los cuales se pueden discutir bajo seis tópicos centrales: (1) el “right to be let alone”; (2) acceso limitado a la persona; (3) ocultamiento; (4) control de la información personal; (5) personalidad; e (6) intimidad”.

³⁴ COOLEY (1888).

³⁵ BENN (1971).

³⁶ BENN (1971, p. 24).

³⁷ PARKER (1974, p. 281).

³⁸ WESTIN (1967, p. 7).

2.1. Planteamiento e historia

Desde finales del siglo XIX, el concepto de privacidad se adueñó progresivamente de la conciencia estadounidense. Historiadores han atribuido aquel despertar al incremento en la densidad de población en las ciudades, en el número de la población alfabetizada y a la difusión de la información. Todos estos factores contribuyeron a un enfoque social de la privacidad y al cuestionamiento inevitable de cómo la ley podría responder a la misma.

La privacidad como acción civil fue introducida por primera vez en la jurisprudencia estadounidense en 1890 con el artículo académico “El Derecho a la Privacidad” de Samuel Warren y Lewis Brandeis, publicado en el *Harvard Law Review*³⁹. Warren, procedente de una familia prominente de la sociedad de Boston, y Brandeis, quien llegaría a ser un renombrado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, eran en aquel entonces socios en el ejercicio de la abogacía. Según la leyenda legal, Warren le propuso escribir a Brandeis el primer artículo sobre privacidad en los Estados Unidos después de que la prensa de Boston publicara hechos intrusivos acerca de la boda de su hija⁴⁰.

Este ensayo, sumamente persuasivo, promovía la creación de un nuevo derecho civil que protegiera el espacio personal del individuo contra la difusión no autorizada al público. El artículo comenzó con una detallada exposición del estado de la ley contemporánea sobre privacidad a finales del siglo diecinueve. Por esos años, la prensa estadounidense abrazaba lo que más tarde se conoció como “prensa amarillista”, marcados estos por el sensacionalismo y la murmuración⁴¹. Esta prensa, según los autores, estaba “sobrepasando en cada dirección los límites obvios de lo apropiado y de la decencia”⁴².

Warren y Brandeis también culparon a la tecnología por facilitar tales intromisiones en la vida privada. Para los autores, los nuevos instrumentos mecánicos como la cámara fotográfica “amenazaban con bendecir la predicción de que ‘lo que es susurrado en la intimidad sea pregonado a los cuatro vientos’”⁴³. Los autores concluyeron con una

³⁹ WARREN & BRANDEIS (1890).

⁴⁰ Académicos han argüido desde entonces que la historia de la boda fue en realidad un mito. Un estudio llevado a cabo en 1970 reveló que los reportes en el *Boston Saturday Evening Gazette* acerca de la boda de WARREN no violaron su privacidad. Toda vez que la privacidad es inherentemente subjetiva, sin embargo, se puede argüir que el Sr. Warren y su percepción hicieron la invasión una realidad. BARRON (1979, pp. 903-907).

⁴¹ WARREN & BRANDEIS (1890, p. 196): “La murmuración no sigue siendo el recurso de lo vano y de lo vicioso, sino que se ha convertido en un mercado, el cual es abastecido tanto a través de la novedosa y propia industria como de la presuntuosidad”.

⁴² WARREN & BRANDEIS (1890, pp. 195-196).

⁴³ WARREN & BRANDEIS (1890, pp. 195-196).

novedosa sugerencia: la creación de una acción nueva de responsabilidad civil que protegiera los “confines sagrados de lo privado y de la vida doméstica”.

Setenta años después de que Warren y Brandeis establecieran el marco conceptual de esta acción derivada de la responsabilidad civil, William Prosser cimentó su lugar en la jurisprudencia estadounidense. Prosser escribió otro artículo de mucha influencia donde categorizó y acuñó el derecho a la privacidad en cuatro distintas vertientes de la responsabilidad civil⁴⁴. Dos de estas acciones están relacionadas con la dignidad: invasión de la privacidad por intromisión⁴⁵ y difusión pública de hechos privados⁴⁶. Las otras dos acciones tienen una relación estrecha con la publicación y con los derechos de propiedad: “false light privacy” (traducido como distorsión de la imagen) e invasión de privacidad por apropiación⁴⁷. Estas cuatro clasificaciones de Prosser están actualmente incorporadas en el *Restatement (Second) of Torts*⁴⁸, una compilación oficial que aglutina el estado de las leyes de responsabilidad civil estadounidense y forma el basamento legal sobre la privacidad en muchos Estados americanos⁴⁹.

La jurisprudencia en este campo no ha sido homogénea. Varios Estados han rechazado la implementación de las cuatro acciones y la relativa escasez de precedente judicial en esta área sugiere que las demandas por violación a la privacidad raramente llegan a juicio. Toda vez que una demanda por difusión pública usualmente requiere la introducción de hechos vergonzosos en los medios públicos y la admisión de la veracidad de esos hechos⁵⁰, es probable que el riesgo incrementado de exponer a la luz pública los mismos haya inhibido a los potenciales demandantes.

Un caso por responsabilidad civil derivada de una acción por violación a la privacidad, como cualquier otro caso civil, requiere daños sustancialmente suficientes que ameriten la demanda dados los costos legales del proceso. Asimismo requiere traducir los daños a la dignidad en una compensación cuantificable, lo cual si bien no es imposible, es un ejercicio arduo. Es por esta misma razón que las acciones por violaciones de la privacidad son

⁴⁴ PROSSER (1960, pp. 383-389). Estas acciones son: (1) *intrusion upon seclusion*, (2) *public disclosure of private facts*, (3) *false light*, (4) *appropriation*.

⁴⁵ PROSSER (1960, pp. 389-392). En inglés esta acción es indistintamente conocida como “intrusión” o “intrusión en la reclusión”.

⁴⁶ PROSSER (1960, pp. 392-398).

⁴⁷ PROSSER (1960, pp. 397-407).

⁴⁸ Restatement (Second) of Torts § 652B (1977).

⁴⁹ See W. Page KEETON *et al.*, PROSSER & KEETON on *The Law of Torts* 851 (5th ed. 1984).

⁵⁰ Si los hechos vergonzosos fueren falsos, el perjudicado podría demandar por difamación.

muchas veces rechazadas prematuramente, traduciéndose en que quizás las Cortes de justicia frecuentemente no conocen estos casos⁵¹.

2.2. Cuatro categorías de invasión a la privacidad

Las cuatro acciones civiles por violación a la privacidad reconocidas en el derecho estadounidense son la intromisión en la reclusión (esfera privada), la apropiación, *the false light privacy* (distorsión de la imagen) y la difusión pública de hechos privados⁵². Cada una de estas acciones cubre el tratamiento legal a daños relacionados con la privacidad.

a) Intromisión en la reclusión

La responsabilidad civil por intromisión en la reclusión recoge las prácticas invasivas de recolección de información. La misma requiere que el demandante muestre que el defendido (a) intencionalmente se inmiscuyó, físicamente o de otra manera, (b) en la reclusión o soledad de otro o en sus asuntos o problemas privados, (c) en una manera altamente ofensiva a una persona razonable⁵³. Esta acción civil se aplica a situaciones donde la información es descubierta de una manera furtiva en un lugar privado. Esta acción le da al perjudicado el derecho a recobrar daños monetarios (resarcimiento) por invasión en su reclusión o soledad. La acción claramente comprende invasiones no-físicas como aquellas que son "intrusiones sensoriales injustificadas como la interceptación telefónica, electrónica, y el espiar visual o fotográficamente"⁵⁴.

b) Apropiación del nombre o la figura

La acción por apropiación es ampliamente entendida como una violación a la propiedad únicamente. La acción no se dirige frente a medios intrusivos de colección de información o de difusiones vergonzosas. Por el contrario, se enfoca en el uso comercial no autorizado de la identidad de una persona y sus consecuentes daños a la dignidad. La pretensión contenida en una demanda civil amparada en esta acción está basada en reconocer que un individuo tiene un interés o derecho de propiedad sobre su nombre o figura. La acción se aplica cuando la información del demandado o su imagen son usadas sin su consentimiento para los propósitos comerciales del defendido.

⁵¹ Ver McCLURG (1995, pp. 1000-1001), enfatizando que los demandados muchas veces pierden las acciones por violación a la privacidad sin la oportunidad de presentar sus casos al jurado.

⁵² See PROSSER (1960).

⁵³ Restatement (Second) of Torts § 652B (1977).

⁵⁴ Restatement (Second) of Torts, § 652B com. b, illust. 1-5 (1977).

c) Distorsión de la imagen

Esta acción derivada de la violación a la privacidad es similar, *mutatis mutandi*, a la acción por difamación. Mientras las leyes sobre difamación protegen la reputación del individuo, la acción por distorsión de la imagen se enfoca en reparar el daño causado a la paz mental del individuo. La acción recoge la situación mediante la cual falsa o engañosa información es publicada sobre un individuo. La información tiene que haber sido diseminada con conocimiento de su falsedad y tiene que ser considerada altamente ofensiva⁵⁵.

Como con otras acciones civiles por violación a la privacidad, una acción por distorsión de la imagen tiene que involucrar asuntos inherentemente privados. Como tal, cualquier asunto que haya sido divulgado a otros o sea visible desde un lugar público no es protegible —sin importar cuán ofensivas sean sus repercusiones—⁵⁶.

d) Difusión pública de hechos privados

La acción civil por difusión pública de hechos privados se aplica cuando hechos altamente ofensivos y privados son públicamente difundidos de manera injustificada. La acción requiere que el demandante muestre que el defendido (1) dio publicidad, (2) a un hecho privado, (3) que no es del interés legítimo del público, donde (4) tal difusión es altamente ofensiva a una persona razonable⁵⁷. La acción de difusión pública de hechos privados da lugar a una compensación por la publicación injustificada de hechos verdaderos pero sin valor informativo, privados, y ofensivos⁵⁸.

Sin embargo, la ley adopta una postura más estricta entendiendo que no puede haber una expectativa razonable de privacidad una vez que la información ha sido difundida o expuesta públicamente. En este sentido y con el propósito de acomodar las preocupaciones que puede generar la garantía constitucional a la libre expresión, los asuntos con significado público o de valor informativo no están cubiertos por esta acción, zona pesar de que sean privados por naturaleza. Estos requisitos suponen una barrera significativa para los demandantes y la obtención de daños en demandas por acciones derivadas de la violación a la privacidad.

⁵⁵ KEETON *et al.* (1984, pp. 863-868).

⁵⁶ Ver *Cefalu v. Globe Newspaper Co.*, 391 N.E.2d 935 (Mass. App. Ct. 1979) (denegando la acción por distorsión de la imagen a una persona que ha sido fotografiada esperando fuera de una oficina de desempleo, resultando en la asunción de que la persona estaba desempleada, sin importar el hecho de que estaba allí solo como un traductor). Ver también *Floyd v. Park Cities People, Inc.* 685 S.W.2d 96 (Tex. App. 1985) decidiendo que el demandante no tenía expectativa razonable de privacidad mientras permanecía en el portal de su casa porque era visible desde la calle.

⁵⁷ Restatement (Second) of Torts § 652D (1977).

⁵⁸ Restatement (Second) of Torts § 652D (1977).

2.3. Límites

La ley ha colocado barreras para la indemnización de daños por intrusiones a la privacidad en el área de la responsabilidad civil extracontractual. La información difundida tiene que ser completamente privada y secreta, sin valor informativo, y ofensiva.

a) La expectativa razonable de privacidad

Antes de avanzar un juicio sobre la privacidad, los tribunales estadounidenses tienen primero que determinar si la información a proteger es privada de acuerdo a su prístina naturaleza. Esto se determina aplicando un estándar objetivo. O sea: si existió una expectativa razonable de privacidad. Tal expectativa de privacidad es razonable si una persona de sensibilidades ordinarias podría haberla sentido o experimentado en el mismo contexto.

La jurisprudencia estadounidense, en no pocas ocasiones, relaciona este criterio con el lugar (espacial) donde la invasión a la privacidad ocurrió, indagando si el demandante tuvo una expectativa razonable de privacidad allí, en ese lugar, sin importar el contexto propio de la expectativa, el entorno, o las sensibilidades culturales que pudieran existir. Áreas como la casa⁵⁹, el cuarto de hotel⁶⁰, una cabina bronceadora⁶¹ y una bolsa de compras⁶² han sido reconocidas como privadas bajo ciertas circunstancias presentes en cada uno de los casos. Información que no es totalmente exclusiva o secreta es raramente protegible⁶³. Por ejemplo, un individuo no puede disfrutar privacidad en un lugar público⁶⁴. En un caso, una jueza colombiana demandó a un periódico por invasión a la

⁵⁹ *Dietemann v. Time, Inc.*, 284 F. Supp. 925 (C.D. Cal. 1968); *Welsh v. Pritchard*, 241 P.2d 816 (Mont. 1952).

⁶⁰ *Newcomb Hotel Co. v. Corbett*, 27 Ga. App. 365 (1921).

⁶¹ *Sabrina W. v. Willman*, 540 N.W.2d 364 (Neb. Ct. App., 1995) decidiendo que la "cabina de broncearse la piel en el salón de belleza tenía una puerta que estaba cerrada desde adentro" y concluyendo que el defendido se inmiscuyó en la reclusión del demandante cuando secretamente observó y tomó fotos de ella en varias estadías de su desnudez.

⁶² *Sutherland v. Kroger Co.*, 110 S.E.2d 716 (1959).

⁶³ Ver *Reeves v. Fox Television Network*, 983 F. Supp. 703, 709 (N.D. Ohio 1997) decidiendo que un hombre que estaba siendo escoltado por la policía a un coche policial no tuvo ninguna expectativa de privacidad en tal trayecto pues la escena fue visible desde la calle; *Gill v. Hearst Publ'g Co.*, 253 P.2d 441, 444-45 (Cal. 1953) decidiendo que la pareja fotografiada en un mercado no tiene acción civil contra el periódico que la publicó; *McNamara v. Freedom Newspapers, Inc.*, 802 S.W.2d 901, 905 (Tex. App. 1991) decidiendo que un atleta de pre-universitario cuya genitalidad se mostró por accidente mientras jugaba en un partido de fútbol no tiene acción civil basada en la violación a la privacidad contra el periódico que publicó tal imagen; ver también *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 212 (1975) haciendo referencia a "los intereses limitados de privacidad de las personas en las vías públicas"; *Cook v. WHDH-TV, Inc.*, No. 941269, 1999 WL 1327222, at *5 (Mass. Super. Ct. Mar. 4, 1999) destacando que "las acciones por intromisiones en el derecho de cada cual a la privacidad (...) están prohibidas cuando la invasión ocurre en un lugar público"; ROTHENBERG (2000, pp. 1146-1155).

⁶⁴ Ver Restatement (Second) of Torts § 652D, cmt. B.

privacidad al hacer pública su identidad. La jueza, cuya participación en la acusación del narcotraficante Pablo Escobar le puso al riesgo en Colombia, buscó seguridad al mudarse a Detroit, Michigan⁶⁵. La corte denegó la indemnización sobre la base de que sus acciones mientras permanecía en los Estados Unidos revelaron su identidad “abiertamente al ojo público”⁶⁶. Dado que ella comió en restaurantes y compró en tiendas y locales usando su nombre real, la corte afirmó que la información difundida no era privada⁶⁷; y así, le negó la acción de privacidad razonando que estas acciones cotidianas eran visibles por medios humanos o mecánicos.

Otros tribunales estadounidenses han decidido que actividades que ocurren al frente de una clase llena de estudiantes⁶⁸, en el portal de una casa, y en una ciudad congestionada⁶⁹ no son protegibles bajo el amparo de la privacidad, aun y cuando el perjudicado experimentó daños a su dignidad.

Los tribunales estadounidenses, habitualmente, deniegan protección por concepto de privacidad si el objeto de la violación no es absolutamente secreto. La corte neoyorkina en *Nader v. General Motors Corporation*⁷⁰ concluyó que la información divulgada tuvo que haber sido completamente secreta para sostener una acción por privacidad. En ese caso, un conocido activista de protección a los derechos de los consumidores demandó a General Motors alegando que la compañía de automóviles violaba su privacidad. El demandante en este caso dijo que GM le avergonzaba a toda costa como pago a su criticismo agudo a las prácticas de GM⁷¹. El demandante se quejó de que los representantes de GM entrevistaron a sus colegas acerca de las opiniones raciales y religiosas, la orientación sexual, los hábitos personales, y las tendencias políticas del demandante. La corte rechazó otorgarle al activista el remedio perseguido porque la información que GM persiguió no era secreta. En el razonamiento de ese tribunal, el hecho de que el demandante previamente difundió la información a sus amigos y colegas destruyó el carácter secreto y, por lo tanto, le despojó de la protección de la ley.

⁶⁵ *Duran v. Detroit News, Inc.*, 504 N.W.2d 715, 718 (Mich. Ct. App. 1993).

⁶⁶ *Ibidem.*, pp. 718-720.

⁶⁷ *Ibidem.*, pp. 718-720.

⁶⁸ *Requa v. Kent School District*, 2007 U.S. Dist. Lexis 40920 (D. Wash. 2007).

⁶⁹ *Arrington v. New York Times Co.*, 55 N.Y.2d 433; 434 N.E.2d 1319; 449 N.Y.S.2d 941; 1982 N.Y. Lexis 3203; 8 Media L. Rep. 1351 (N.Y. Court of Appeals 1982), decidiendo que no existía una expectativa razonable de privacidad cuando a un hombre le fue tomada una foto en una calle de la ciudad y la misma fue publicada en la portada de la Revista New York Times.

⁷⁰ 255 N.E.2d 765 (N.Y. 1970).

⁷¹ *Ibidem.*, p. 767.

En otro caso, un humillado estudiante universitario demandó a tres estudiantes colegas por distribuir un panfleto que incluía su foto, dirección de correo electrónico, teléfono y falsamente le mostraban como homosexual buscando una pareja⁷². La corte concluyó que el hecho de que esta información de contacto y foto estuvieran accesibles a todos los estudiantes y profesores a través de la página de internet de la universidad —y, por lo tanto, no oculta— fue determinante para no considerar violación de privacidad⁷³.

Los requerimientos de reclusión y ocultamiento limitan la protección de la privacidad: así es que, una vez que la información es visible o notificada o difundida, en algún lugar, la misma puede legalmente ser recogida y difundida a cualquiera y dondequiera.

b) Ausencia de interés público o informativo

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al gobierno silenciar la expresión de información verdadera, ya sea por regulación directa o a través de la autorización de demandas privadas. Estudiosos en el campo legal han argüido que la acción por difusión pública de hechos privados, dada su directa amenaza a la libertad de expresión, es inconstitucional⁷⁴. Algunos estados han rechazado reconocer la acción por difusión pública por esta razón⁷⁵. Sin embargo, analistas legales mantienen que la acción por difusión pública solamente protege información que no tiene interés informativo o que no pertenece al “legítimo interés público”. El *Restatement* define esos flexibles y dóciles conceptos como sigue:

“Incluido dentro del rango de legítimo interés público están asuntos del tipo comúnmente entendidos como ‘noticias’. Hasta un punto considerable, de acuerdo con las morales de la comunidad, los editores y radiodifusores han definido el término (...). Publicidad autorizada incluye publicaciones concernientes a homicidio y otros crímenes, arrestos, registros policiales, suicidios, matrimonios y divorcios, accidentes, incendios, catástrofes naturales, una muerte por el uso de narcóticos, una enfermedad infrecuente, el nacimiento de un niño de una muchacha de 12 años de edad, la reaparición de alguien que había sido asesinado años atrás, [y] un reporte de la policía concerniente a la escapada de un animal salvaje y muchos otros asuntos similares de genuino, si más o menos deplorable, interés popular”⁷⁶.

⁷² *Wilson v. Harvey* 842 N.E.2d 83 (Ohio Ct. App. 2005).

⁷³ *Ibidem.*, p. 91.

⁷⁴ VOLOKH (2000, p. 1049) y ZIMMERMAN (1983, p. 291).

⁷⁵ *Hall v. Post*, 372 S.E.2d 711 (N.C. 1988).

⁷⁶ *Restatement (Second) of Torts* § 652D, cmt. g (1977).

Contrastando lo anterior, “sin valor informativo” es definido como aquel que “se convierte en un mórbido y sensacional husmear en las vidas privadas, de forma que un integrante razonable del público, con estándares decentes, diría que no le atañe”⁷⁷.

En 1989, la Corte Suprema de los Estados Unidos limitó la acción por difusión pública de hechos privados en *Florida Star v. B.J.F.*⁷⁸. En este caso, una víctima de violación demandó a un periódico después de que el mismo difundió su nombre en un reporte informativo, contraviniendo una normativa estatal que declaraba ilegal la publicación de nombres de víctimas de violación⁷⁹. La Corte de base falló a favor del demandante. En apelación, la Corte Suprema rechazó la decisión del tribunal *a quo*, concluyendo que esta fue inconsistente con la Primera Enmienda. La Corte decidió que para constituir una acción por responsabilidad civil, la privacidad de la información tiene que “afectar a un interés normativo de orden supremo” (i.e., *a compelling state interest*)⁸⁰. Un asunto de significado público o con interés informativo no podría ser suprimido. La Corte interpretó el término “significado público” con extrema amplitud, enfocándose en el contenido general del problema (crimen violento) en vez de en la naturaleza de la información en sí misma (el nombre de la víctima) y la importancia de transmitir la historia informativa⁸¹. Como tal, la Corte señaló que de lo contrario la información privada se convierte legítimamente en un valor informativo cuando contiene una conexión —sin importar cuán atenuada— al asunto de interés público.

c) Requisito de “información oprobiosa”

El derecho estadounidense a la privacidad, y sus acciones civiles derivadas de la responsabilidad civil extracontractual por violación a la misma, juzgan si la privacidad es merecida basándose en el contenido de lo difundido y, por ende, no se enfocan en el contexto de las relaciones sociales o entendimientos culturales o interpersonales. Además de revisar la difusión para ver si fue lo suficientemente ocultada como para justificar protección, los tribunales miran al contenido para determinar si una persona razonable tiene un derecho a estar altamente ofendido por su difusión o descubrimiento. Aunque la jurisprudencia ofrece poca indicación sobre qué información es inherentemente oprobiosa⁸², las cortes y los analistas legales han ofrecido alguna que otra guía sobre lo que es señalado como tal.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ 491 U.S. 524 (1989).

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 526–529.

⁸⁰ *Ibidem.*, p. 533.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 536–537.

⁸² Por el contrario, en la esfera del debido proceso, la Corte Suprema ha específicamente reconocido al “matrimonio” y “la decisión [de] portar y procrear aun niño” como derechos fundamentales, merecedores

Las relaciones sexuales, por ejemplo, son normalmente y enteramente asuntos privados, como lo son los desacuerdos familiares, muchas enfermedades humillantes o desagradables o vergonzosas, muchas de las cartas personales íntimas, detalles de la vida de una persona en su casa, y detalles de su historia pasada que preferiría olvidar⁸³.

Las cortes estadounidenses tienden a encontrar dificultad a la hora de determinar si la información difundida es suficientemente ofensiva a una persona razonable. Al carecer de un marco consistente y contextual de análisis, los jueces están forzados a hacer el incómodo e incongruente salto cualitativo sobre si tales cosas como una mastectomía⁸⁴, cirugía plástica⁸⁵, la vida romántica⁸⁶ y la orientación sexual⁸⁷ son privadas y altamente ofensivas si fueren difundidas. Estas preguntas son casi imposibles de resolver de una manera definitiva sin tomar en cuenta las circunstancias de cada demandante, debido al hecho de que son altamente dependientes del momento histórico, clase, cultura, educación, y otras variables sociológicas.

3. Conceptualización/Panorama de Derecho español y comparado: intimidad y derecho al olvido

Ningún autor ha ensayado aún una noción de derecho al olvido; los más atrevidos parecen orientarse hacia la idea de que nos encontramos ante un derecho subjetivo para borrar del universo *online* cualquier tipo de rastro que afecte o haya podido afectar a algún aspecto relevante de la intimidad, honor o imagen de un sujeto. En el fondo, los problemas derivados de la supresión de ese rastro parecen ser más de índole técnica⁸⁸ que conceptual⁸⁹ —como después veremos—, pero en ningún caso sería viable la consagración

de la protección de las leyes de privacidad. Ver *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972); ver también *Griswold v. Conn.*, 381 U.S. 479, 485-86 (1965), discutiendo la noción de privacidad alrededor de “la relación matrimonial”.

⁸³ Restatement (Second) of Torts § 652D, cmt. b (1977).

⁸⁴ Ver *Miller v. Motorola, Inc.*, 560 N.E.2d 900 (Ill. App. Ct. 1990).

⁸⁵ Ver *Vassiliades v. Garfinckel's*, 492 A.2d 580, 590 (D.C. 1985).

⁸⁶ Ver *Benz v. Wash. Newspaper Publ'g Co.*, No. 05-1760, 2006 U.S. Dist. LEXIS 71827, p. 25 (D.D.C. Sept. 29, 2006) “La corte está persuadida sobre la poca probabilidad de que una mujer soltera, profesional y en sus 30s pueda querer que su vida privada sobre sus relaciones de noviazgo y con quién ha tenido relaciones sexuales esté expuesta en una sección de murmuraciones de un periódico de alta demanda...”.

⁸⁷ Ver *Sipple v. Chronicle Publ'g Co.*, 201 Cal. Rptr. 665 (1984) decidiendo que la difusión de la orientación sexual del demandante no es un hecho ofensivo.

⁸⁸ SUÑÉ, disponible online a fecha de 28.03.2012, p. 2.

⁸⁹ Ha sido definido también como el derecho al olvido o “*right to be forgotten*” o “*right to oblivion*”, y consiste en que los datos personales que se han publicado en Internet desaparezcan de las páginas web cuando el usuario decida eliminarlos —ejerciendo para ello su derecho de cancelación de datos

del derecho al olvido si desde los organismos legislativos no se habilita un cuerpo normativo que, ante el supuesto de hecho anunciado, contenga la consecuencia jurídica de que el afectado pueda hacer eliminar la alusión a su personalidad en cualquier ámbito. Algún autor, con muy buen tino, ha aseverado: “En esta situación de interesada anarquía de protección de datos en la Red, no es extraño que proliferen los intentos destinados a rebajar al máximo la protección de la intimidad en la red, a veces incluso con perspectivas doctrinalmente “diabólicas”, como las que tienden a considerar a Internet como medio de comunicación; es de suponer que para buscar el pretexto de integrar toda la red en el régimen excepcional, en relación con la protección de la intimidad, de los mass media, que está reconocido, incluso, y de forma muy razonable —para los auténticos medios de comunicación, no para Internet en la Directiva 95/46. Lo “diabólico” consistiría en entender que Internet está sometido a la legislación especial de los mass media, más centrada en la libertad de información, que en la intimidad de las personas, con lo que quedaría justificada la actual situación de desprotección de esta última”.

No parece tarea fácil abordar una opción jurídico-legislativa tan sensible al contenido ideológico y de tan difícil cobertura práctica como el derecho al olvido. Baste decir que Internet es ante todo y sobre todo una enorme red de inseguridad. No es tan solo una cuestión de privacidad de la información, sino más bien de poder de disposición sobre la privacidad⁹⁰. El derecho al olvido es un supuesto atípico en el sentido de que, a fecha de hoy, carece de formulación legal y de escasa dedicación dogmática⁹¹: no aparece recogido en ningún artículo ni de derecho interno ni de derecho internacional (se ha querido ver que está implícito en diversos apartados del artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 15/1999, de 13 de diciembre —en adelante, LOPD—).

personales—, o bien, cuando el propio sitio web las suprima, en cumplimiento del principio de calidad de datos. Este principio establece que “los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados” (art. 4 LOPD), SERRERA, versión online consultada a 28.03.2012.

Nos parece más acertada la expresión anglosajona: da en la clave hablar de “derecho a ser olvidado” en lugar de “derecho al olvido”.

⁹⁰ Vid., sobre la diferencia entre privacidad y protección de la intimidad, las páginas anteriores escritas por la profesora ABRIL.

⁹¹ Baste decir que en la poderosa base de datos *online Social Science Research Network*, con la expresión “right to be forgotten”, aparecen únicamente dos entradas de consideración: WERRO *et al.*, (2009) y KOOPS (2011).

Uno de las primeras monografías que, desde un punto de vista científico aunque sin ningún afán sistemático y de una manera más que tangencial, aludió al derecho al olvido se la debemos a Xavier O'Callaghan⁹² quien, en resumen⁹³, y anticipándose a la citada LOPD de 1999, escribía que “los supuestos que pueden darse coinciden substancialmente con la delimitación del derecho al honor. Así ocurre en la difusión del contenido de una sentencia o de datos del proceso o de datos obrantes en archivos públicos. Sin embargo, si estos extremos eran desconocidos en el círculo en que se mueve el sujeto, por razón de la distancia en el tiempo o en el lugar (por ejemplo, se divulga una sentencia condenatoria de hace ya muchos años, o se divulga en el lugar donde se halla el sujeto, muy distante de aquél en que ocurrió) podrá darse la intromisión en el derecho a la intimidad. Es lo que se ha llamado (y ha sido tratado) el ‘derecho al olvido’. Hay aún una excepción a la excepción: si el sujeto tiene una actividad de proyección pública la divulgación de tales hechos no constituirá intromisión a su intimidad, precisamente por el carácter del sujeto”.

No obstante, en su origen, este mismo autor sitúa el nacimiento de este nuevo y eventual derecho subjetivo en un caso de la jurisprudencia estadounidense, del que se da cuenta en una obra de 1989 de Pablo Salvador Coderch⁹⁴, donde se relata que “una joven prostituta que llegó a ser juzgada por asesinato, abandona este tipo de vida, contrae matrimonio y lleva una vida ejemplar; años después, se produce una película que narra su vida, con el nombre real y expresando que era un caso verídico; la interesada demanda a la productora y gana el pleito; tenía el derecho al olvido. Lo cual no es otra cosa sino el derecho a la intimidad, que se ha visto lesionado por aquella película, ya que no el derecho al honor, por ser ciertos los hechos”.

⁹² O'CALLAGHAN (1991).

⁹³ Demasiado resumidas, por abordar el asunto de una manera tangencial, resultan las aclaraciones de Lluís DE CARRERAS SERRA (2008, pp. 105-106). A pesar de sus esfuerzos, no queda claro en qué contexto ubicar la naturaleza jurídica de este nuevo derecho: “En principio, el derecho al olvido podría enmarcarse en el derecho al honor, puesto que la consecuencia de la intromisión es el descrédito de la persona o de su familia. Sin embargo, se trata de la divulgación de hechos que ya no tienen interés público (aunque lo tuvieron en el momento en que sucedieron), pero de hechos reales, verídicos. De ahí que se justifique más como una intromisión al derecho de la intimidad, una de cuyas notas es precisamente la difusión de hechos verídicos que pueden afectar a la reputación y buen nombre, cuya divulgación el individuo no tiene ninguna obligación de soportar. Si los hechos fueran falsos, nos encontraríamos con una vulneración actual del derecho al honor, en cuyo caso no es que los hechos merezcan ser olvidados, es que, como no han sucedido, se trata de difamación pura y simple. Lo mismo puede decirse de la difusión de una fotografía o de un vídeo que contenga la imagen de una persona que fue relevante en su tiempo, pero que ahora ha pasado a ser desconocida y cuya divulgación no tiene ya ningún interés general”.

⁹⁴ SALVADOR CODERCH (1987, pp. 97 y ss.).

3.1. Breve panorama del conflicto constitucional entre derechos fundamentales

En la práctica de este derecho, partiendo del hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a otorgar una posición preferente a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales (SSTC 105/1983 y 107/1988) y atendiendo a la veracidad de la información facilitada (SSTC 6/1988, 105/1990 y 240/1992) la tendencia resolutoria de los órganos de la Administración (Agencia Española de Protección de Datos—AGPD—) y las decisiones judiciales de la llamada jurisprudencia menor (juzgados pero, principalmente, audiencias provinciales) ha venido a considerar en varias de sus resoluciones que, aunque pudiera tratarse de una información veraz, al no referirse a asuntos públicos de interés general, resulta preferente el derecho fundamental a la protección de datos; esto es, en definitiva, la protección de los derechos ligados a la intimidad.

Valga como ejemplo aludir al pronunciamiento en este sentido de la SAN 10.11.2006, recogiendo —respecto de la libertad a la información veraz— que (*sic*): “[...] ninguna objeción puede hacerse a la finalidad que persigue el derecho a la libertad de información veraz, pero dicho derecho fundamental no es un derecho absoluto, sino que hay que ponerlo en relación con otros derechos fundamentales, como lo es en este caso, el derecho fundamental a la protección de datos al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 [...]”.

En la sentencia del TC que acabamos de citar, se reproduce en toda su crudeza la tensión entre el derecho y la libertad de información y la protección de datos o, dicho con palabras de la propia sentencia, el derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática. Quizá haya que añadir un punto de desequilibrio importante: como de alguna manera ha quedado apuntado, el universo *online* no es identificable con ninguna suerte de medio de comunicación; si así fuera, es indiscutible que la libertad de información y la libertad de expresión, en sus justos límites, deberían prevalecer ante cualquier incidencia relacionada con la intimidad que se encuentre ante un supuesto de “protección exceptuada”, es decir, la protección de la intimidad claudicaría si hay un interés legítimo informativo o si concurre una sobre-exposición del sujeto que pretende después ampararse en una intimidad que no usó. Con todo, al menos en el ordenamiento jurídico español, al haberse entregado el concepto de intimidad a los tribunales, habrá que estar a cada caso para determinar si, en efecto y en cada momento, hay un derecho subjetivo conculcado⁹⁵.

⁹⁵ En esta dirección, la propuesta de Reglamento recoge expresamente que la protección de los derechos y libertades de otras personas es otra finalidad legítima que permite establecer límites a los principios y derechos de protección de datos —art. 21.1.f)—. El derecho a la protección de datos personales, como ha señalado el TJUE, “no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”²⁵. Así, el art. 80 de la propuesta de Reglamento permite a los Estados miembros disponer de exenciones o excepciones a los principios y derechos de protección de datos..., TRONCOSO, disponible online a fecha de 14.3.2013. Y añade, el TJUE ha señalado que el derecho a la protección de datos de carácter personal no es un derecho absoluto, sino que se ha de considerar en relación con su función en la sociedad —Sentencia de 9.11.2010, C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Eifert*, Rec. 2010. Cfr. el Considerando 139 de la propuesta de Reglamento, donde se cita la voluntad del presente

De esta forma, el reconocimiento del derecho al olvido en Internet, que obliga al responsable del tratamiento a suprimir los datos sin demora, se encuentra limitado por el ejercicio de la libertad de expresión que permite la conservación de los datos personales —art. 17.3.a) de la propuesta de Reglamento—, lo que supone la continuidad de la publicación de la información en medios de comunicación digitales. También la Directiva 95/46/CE había establecido una restricción importante del derecho fundamental a la protección de datos personales en beneficio de la libertad de información y de expresión cuando el tratamiento de datos personales tenga fines periodísticos o de expresión artística o literaria. Así, los Considerandos 17 y 37 de la Directiva señalan que los principios de la misma deben ser aplicados de forma restringida o pueden justificarse excepciones cuando estemos en presencia de tratamientos de datos personales, incluido de sonido o imágenes, aplicados con fines periodísticos o de expresión literaria o artística, en particular en el sector audiovisual, siempre que esto sea necesario para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones garantizado en el art. 10 CEDH. Corresponde a los Estados ponderar el derecho fundamental a la protección de datos y la libertad de expresión y de información, estableciendo las excepciones o restricciones necesarias a la legislación de protección de datos que permitan el ejercicio de estos derechos. Así, en esta dirección el art. 9 de la Directiva “Tratamiento de datos personales y libertad de expresión” establece que “[e]n lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión”.

3.2. El punto de partida jurisprudencial en el “derecho al olvido”

Al tratarse de un concepto jurídico muy indeterminado y sin reflejo legislativo, su inclusión en el *stare decisis* jurisprudencial se está produciendo de una manera lenta, torpe y poco atrevida. La armonización a través del Derecho (positivo y *soft law*) de la Unión Europea (que deja entrever, sin esconder, una petición de solución para el denominado “derecho al olvido”) se está realizando entonces desde dos frentes: el judicial, a través de las cuestiones prejudiciales que analizamos a continuación y de algunas sentencias judiciales, y a través del frente legislativo, de su regulación positiva: [Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen requisitos técnicos para las transferencias y adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento \(CE\) nº 924/2009, de 23 de junio de 2011 \(en adelante, el Dictamen\)](#) y, sobre todo, la [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al](#)

Reglamento de observar otros derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—.

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), de 25 de enero de 2012 (en adelante, el Reglamento)⁹⁶.

Ello no obsta para declarar que la jurisprudencia española, en tal sentido, se está situando a la cabeza impulsiva del tratamiento de esta cuestión, aunque, al día de la fecha, no haya otro remedio que plantearlo a través de cuestiones prejudiciales.

a) Cuestiones prejudiciales sobre el “derecho al olvido”

Ha sido un cercano Auto de la Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, en procedimiento ordinario 725/2010), datado el 27 de febrero de 2012, de Google Spain, SL, y de Google Inc., SL⁹⁷ contra la Agencia Española de Protección de Datos⁹⁸ y contra un particular, el que ha trasladado a la jurisdicción europea la determinación de una solución jurídica para un asunto que podemos resumir de la forma siguiente, al igual que hace el mencionado Auto: “La presente controversia se enmarca en el ámbito de la protección de los datos de las personas físicas, específicamente en la tutela de los derechos de supresión, bloqueo (cancelación) y oposición del afectado al tratamiento de sus datos personales frente a la actividad desarrollada por los proveedores de motores de búsqueda de información en internet (en adelante “buscadores”) y muy específicamente contra el buscador del grupo “Google”. La Agencia Española de Protección de Datos, acogiendo la petición de tutela del afectado, requirió a Google Spain SL y Google Inc “para que adopten las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos”.

El presente recurso plantea el problema referido a las obligaciones que tienen los buscadores⁹⁹ en internet (en este caso el buscador "Google") en la protección de datos personales de aquellos afectados que no desean que determinadas informaciones, publicadas en páginas web de terceros que contienen sus datos personales y permiten relacionarles con la misma, sean localizadas, indexadas y sean puestas a disposición de los internautas de forma indefinida. La resolución dictada por la AGPD considera que los

⁹⁶ A ambos textos nos referiremos con más detalles en el epígrafe 3.2.2; este Reglamento derogará la Directiva 95/46/CE. Igualmente, está en curso una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos.

⁹⁷ Vaya por delante que el debate se ha planteado, como puede verse, con los buscadores, pero podría hacerse extensible a las páginas webs o a las redes sociales en sentido propio.

⁹⁸ Nota de la AEPD sobre el Auto de la AN —Audiencia Nacional— en el que plantea al TJUE —Tribunal de Justicia de la Unión Europea— diversas cuestiones prejudiciales sobre el ejercicio de derechos frente a buscadores de internet, disponible online a 31.3.2012.

⁹⁹ Informe del Grupo de Trabajo del Artículo 29, datado en 4.3.2008, que analizó la protección de datos personales en relación con los buscadores de Internet.

buscadores en el ejercicio de esta actividad realizan un tratamiento de datos y son responsables del mismo por lo que están obligados a hacer efectivo el derecho de cancelación y/o oposición del interesado y a cumplir con los requerimientos que les dirija la AGPD en la tutela de estos derechos. Y al mismo tiempo afirma que también como intermediarios de la sociedad de la información están sometidos a la normativa en materia de protección de datos estando obligados a atender los requerimientos que le dirija la autoridad competente, en este caso de la AGPD.

Desde cualquiera de estas perspectivas, la AGPD entiende que puede adoptar medidas de tutela de su derecho ordenando la retirada e imposibilitando el acceso a determinados datos por parte de los buscadores cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, a su dignidad entendida en un sentido amplio, que incluiría la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros. Y que este requerimiento puede dirigirse directamente a los buscadores, sin suprimir los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada e, incluso, cuando el mantenimiento de esta información en dicha página esté justificada por una norma legal”.

Procede analizar cuál ha sido el alcance y debate planteado por la Audiencia Nacional española sobre esta materia. Así, para una clara exposición técnica, podríamos dividir las cuestiones prejudiciales de la siguiente manera:

- Cuestión prejudicial jurisdiccional

Como puede verse, son una cuestión y problema procesales con indudable alcance desde el punto de vista sustantivo: se trata de delimitar si la protección de la normativa europea trasciende la sede física de la empresa online (Google Inc.-Google España). Y así: “La finalidad de la Directiva 95/46/CE es brindar una protección eficaz en la Unión Europea a los datos de las personas físicas (así se desprende de los apartados 10 y 18 de su exposición de motivos), que difícilmente sería compatible con la pretensión de la empresa Google de que los afectados que quieran ejercitar sus derechos de supresión, bloqueo y/o oposición frente a su buscador tengan que acudir a la jurisdicción de los Estados Unidos y someterse a la normativa dicho Estado. Esta empresa considera que no resulta aplicable la normativa comunitaria (ni consiguientemente la nacional) de protección de datos y que los afectados no pueden acudir a las autoridades y, en su caso, a los tribunales de justicia nacionales para la tutela de sus derechos”¹⁰⁰. El propio Auto apunta la solución aclarando que “La Directiva 95/46/CE se dictó en un momento en que los buscadores de Internet, o no existían o eran muy incipientes, por lo que las normas de conflicto no están, en principio, diseñadas para afrontar los peligros que han sobrevenido con los cambios tecnológicos. Pero con la aprobación sobrevenida de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que según dispone el art. 6 del TUE que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, se

¹⁰⁰ Auto de la AN de 27.2.2012.

reconoce el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8 de la Carta), por lo que parece razonable acudir a una interpretación y aplicación de las normas comunitarias que permita una tutela eficaz de este derecho, pues la Carta persigue, según su exposición de motivos, ‘reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos’”.

Es decir, “una protección eficaz de este derecho fundamental no puede depender del lugar donde la empresa decida asentar los medios técnicos. La utilización de soportes técnicos inmateriales, que permiten prestar los servicios desubicados del territorio al que van dirigidos y, en muchos casos, sin contar con medios residenciados en el mismo, complica una tutela eficaz de las eventuales lesiones de los derechos de la personalidad que se producen en el ciberespacio, especialmente en materia de protección de datos. Sin desconocer el peligro añadido que supondría la posibilidad de suprimir los establecimientos y medios que tuviere para impedir la aplicación de la normativa comunitaria o nacional, o cambiar el centro de gestión de recursos y medios, localizándolo en aquellos países que careciesen de una normativa de protección de datos o en los que sus normas fuesen más permisivas con la tutela de estos derechos.

De modo que la actividad desplegada por el buscador, aun cuando se considere que es gestionado desde fuera de la Unión y no dispone de un establecimiento ni recurre a medios ubicados en un Estado miembro, es susceptible de lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y la tutela de este derecho debería situarse donde se ubica el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela eficaz del mismo, incluyendo la posibilidad de permitir una aprehensión integral del conflicto que comprenda los intereses en juego y de las normas implicadas”.

El ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos determinaría el grado de protección del derecho del sujeto a oponerse a ellos.

- Cuestión prejudicial sobre olvido, oposición y supresión de datos

La pregunta que sale del AAN 27.2.2012 es la siguiente (*sic*): ¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46/CE comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarle o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros? Con respecto a si la actividad del buscador constituye un tratamiento de datos personales a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva —cuyo contenido es básicamente reproducido en el art. 4.3 de la Propuesta de Reglamento— puede resultar relevante que el Tribunal de Justicia ha confirmado que la categoría de tratamiento de datos tiene un alcance muy amplio, como se desprende de los propios términos del precepto y de que la lista de operaciones que enumera no tiene carácter exhaustivo sino meramente indicativo (SSTJ de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, aps. 25-26; y de 16 Diciembre de 2008, *Satamedia*, C-73/07, aps. 35-36).

Particular interés en relación con el apartado 2 de la cuestión prejudicial presentan los aspectos relativos a la interacción entre la posición del buscador y de los proveedores de contenidos entre los que indexa su resultado el buscador. Con respecto a la posición del buscador no se plantea en el marco de este litigio la situación que puede crearse cuando el buscador facilita el acceso a informaciones que han sido eliminadas por el proveedor de contenidos del que se extrajeron, lo que puede suceder en la medida en que el buscador difunda contenidos mediante el acceso a copias en sus propios servidores (caché); no obstante del Auto parece desprenderse que en tales situaciones el buscador estaría normalmente obligado a imposibilitar el acceso a esos contenidos que han dejado de estar accesibles en la ubicación original. En relación con las situaciones creadas por la inclusión entre los resultados del buscador de enlaces a información con datos personales que ha sido publicada lícitamente por terceros y se mantiene accesible en la página web de origen, parece resultar clave asegurar un justo equilibrio entre la tutela del derecho fundamental a la protección de datos y otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión y de información¹⁰¹. En este contexto, en particular a la luz de la práctica española donde los problemas para los afectados con frecuencia han estado vinculados a la aparición de informaciones incluidas en boletines oficiales, no cabe desconocer que resulta de gran importancia —como señala la Audiencia— la eventual aplicación por los responsables de los sitios de Internet donde se difunde la información original de restricciones que excluyan contenidos con datos personales de los que son objeto de indexación por los buscadores. Por último, de cara al alcance futuro del llamado derecho al olvido resulta ahora fundamental que esta cuestión es objeto específico del extenso artículo 17 de la Propuesta de Reglamento, que precisamente lleva por título “Derecho al olvido y a la supresión”¹⁰².

Ya hemos subrayado que la construcción del “derecho al olvido” como derecho subjetivo se está forjando desde un punto de vista jurisprudencial a la par —o, si acaso, con mayor incidencia— que desde un punto de vista legislativo. Las principales sentencias que en el panorama español y europeo se están deslizando sobre este derecho son las siguientes:

STJUE, 9.11.2010:

El contenido de esta resolución judicial podría resumirse partiendo de la siguiente pregunta: ¿vulnera el derecho a la protección de datos personales la publicación de información administrativa en Internet?

¹⁰¹ Acerca del significado de estos derechos en relación con el acceso a través de Internet a archivos periodísticos y la inclusión de éstos en el ámbito del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase la Sentencia del TEDH de 10 de marzo de 2009 *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom* —asuntos 3002/03 y 23676/03—, disponible en <http://www.echr.coe.int>.

¹⁰² DE MIGUEL, blog consultado a 3.3.2012.

La protección de datos de carácter personal se encuentra ante un desafío de enorme relevancia en la sociedad de la información y de las comunicaciones (TICS), como consecuencia del uso de Internet en todos los ámbitos en estos últimos años, por lo que es necesario llevar a cabo adaptaciones en el plano jurídico. La sentencia objeto de este comentario involucra elementos trascendentales, ya que ha conseguido la anulación de diversos preceptos que en el ámbito normativo europeo establecían la divulgación de información administrativa de las personas mediante Internet, al no encontrarse justificación de peso para devaluar la protección de datos de carácter personal de los afectados.

En esta línea podemos decir que según la doctrina del TJUE y considerando que la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDH) resulta de obligado cumplimiento para los Estados miembros (EEMM) cuando apliquen el Derecho comunitario, la normativa española aplica la trasposición de la Directiva 95/46/CE. La difusión de datos personales por parte de las Administraciones Públicas constituye una cesión en los términos del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 que, por tanto, requiere del previo consentimiento de los afectados o, en su caso, de la correspondiente habilitación legal. Ahora bien, de conformidad con la sentencia objeto de nuestro comentario, no basta simplemente con el respeto de dicho requisito formal por cuanto, como se afirma por el TJUE, con carácter previo a la divulgación de la información debe llevarse a cabo una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, sin que pueda admitirse una primacía automática de la transparencia. Desde esta perspectiva cabría plantearse si la exigencia de publicidad de la información administrativa que contemplan diversas normas legales en España resulta conforme a la jurisprudencia del TJUE, en particular por lo que se refiere a la exigencia de ponderación antes referida¹⁰³.

Ciertamente en los últimos años se han producido avances considerables a la hora de preservar el derecho de los ciudadanos frente a la difusión de información administrativa, debiendo destacarse el papel de las autoridades de control ofreciendo criterios interpretativos que, no obstante, carecen de fuerza vinculante al no tener la naturaleza de normas jurídicas. Se debe exigir a las AAPP que realicen la ponderación establecida por el TJUE, motivando las condiciones en las cuales ha de tener la difusión en los términos del artículo 54 de la Ley 30/1992 antes citada.

SAN, Contencioso-Administrativo, 12.5.2011 sobre el derecho al olvido:

Esta sentencia supone la puerta de entrada del derecho al olvido en el debate dogmático español y en los foros judiciales. A modo de introducción y ubicación de la situación litigiosa a abordar, podemos decir que el recurrente pretendía que se iniciase procedimiento sancionador contra el Tribunal Constitucional y el Diario El País, y también solicitaba suprimir de sus webs toda referencia a su nombre¹⁰⁴.

¹⁰³ El artículo 60 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (AAPP) exige que la publicación contenga el texto íntegro del acto objeto de la comunicación, de manera que necesariamente tendrá lugar una cesión de datos personales a los efectos del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999. Al amparo del artículo 11.1 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, dicha publicidad tiene lugar a través de las versiones electrónicas de las referidas publicaciones oficiales, lo que facilita la posterior localización de la información a través de los buscadores disponibles de forma gratuita en Internet.

¹⁰⁴ Los hechos, en palabras de los antecedentes de hecho de la sentencia, eran los siguientes: “El ahora recurrente formuló denuncia en la AEPD frente a la empresa Diario El País y frente al Tribunal Constitucional por el hecho de que en sus respectivas páginas Web aparecía información de un antecedente penal por falsedad del denunciante correspondiente al año 1979 y cuya permanencia le

En primer lugar, en relación con la publicación de los datos del recurrente en el seno de una información recogida por el diario El País en su edición digital, se determina que hay que tener en cuenta que el tratamiento de datos realizado, sin consentimiento del denunciante, se realiza en ejercicio de los derechos con los que cuentan los medios de comunicación, para llevar a cabo el ejercicio de los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional, ante el evidente conflicto entre el derecho a la libertad de información, y el derecho a la protección de datos que se pudiera ver afectado, ha otorgado una posición preferente a la libertad de información y expresión frente a otros derechos constitucionales, siempre y cuando los hechos comunicados se consideren de relevancia pública. Por tanto, para el presente caso, primaría el ejercicio del derecho a la libertad de información, sobre el derecho a la protección de datos personales¹⁰⁵.

Por su parte, la Sala comparte íntegramente los argumentos desarrollados por la Agencia Española de Protección de Datos para oponerse a las pretensiones de la parte recurrente, por lo que se falla desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución descrita en el primer fundamento de la Sentencia. Y acaba argumentando que, por tanto, para el presente caso, primaría el ejercicio del derecho a la libertad de información, sobre el derecho a la protección de datos personales. Además, de acuerdo a lo recogido en la sentencia objeto de publicación, concurrían en el ejercicio de la actuación periodística denunciada, los requisitos de veracidad en la información publicada, que parte de una resolución del Tribunal Constitucional publicada tal cual, y relevancia pública, por lo que, en la medida en que existe un reconocimiento de una dimensión de trascendencia informativa realizada tanto por el medio de comunicación en cuestión, como por el Tribunal Constitucional, no cabría reproche por parte de esta Agencia Española de Protección de Datos, dada la prevalencia jurisprudencial señalada, del derecho a la información sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal, ya que, de lo contrario, se llevaría a cabo una suerte de censura administrativa que no se encuentra encajada en nuestro sistema constitucional.

ocasionaba graves perjuicios personales y familiares dada su profesión de Abogado, Fiscal sustituto y ex Juez y Secretario.

- Posteriormente, amplió su denuncia a Google al negarse a dejar de insertar la información.
- El País había contestado a su petición de cancelación haciendo referencia a la libertad de información y Google le remitió a la dirección de California (EEUU) ante donde debía ejercer su derecho.
- El Tribunal Constitucional también contestó haciendo referencia a su exigencia de promover la máxima publicidad de sus sentencias.
- Finalmente, mediante la resolución objeto de recurso, la Agencia acordó que no procedía incoar expediente sancionador por los hechos objeto de denuncia”.

¹⁰⁵ A continuación en los siguientes fundamentos se aborda la publicidad de las resoluciones del Tribunal Supremo —órgano que impuso en última instancia la sanción penal a la recurrente, y que después fue indultada, cuya información recogían las páginas webs—, en cuyo análisis no vamos a profundizar, ya que consideramos más relevante los otros fundamentos referidos para la comprensión de nuestro objeto de estudio y porque además, la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional no es una opción del propio Tribunal sino una exigencia legal y reglamentaria.

SAN, 29.4.2011:

La cancelación de los datos personales no impide la utilización de éstos para reclamar deudas vencidas. El demandante había contratado a finales del año 2005 el suministro de energía eléctrica y de gas natural con la entidad Endesa Energía¹⁰⁶, por el ahorro que suponía la exención del canon IRC. El 2 de abril 2008 se le giró una factura por importe de 108,91 € por el concepto “repercusión canon IRC distribuidora”. Mediante escrito de fecha 22 de julio de 2008, el demandante remitió a la entidad Endesa Energía una petición de cancelación de sus datos, indicando que estos no podrían ser cedidos a persona o entidad alguna y que se procediera a acordar la cancelación de los datos personales obrantes en los archivos de dicha empresa o cualquiera otra vinculada a la misma.

Endesa contestó a esta petición el 30 de julio de 2008 comunicándoles que ambas solicitudes habían sido atendidas de acuerdo con las indicaciones dadas. La cancelación daría lugar a la supresión o, en su caso, al bloqueo de datos, conservándose únicamente aquellos que por obligación legal deban mantenerse a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y tribunales para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. De igual modo, el demandante había recibido comunicación del Registro Sectorial de Morosidad de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), fechado el 4 de febrero de 2009, en el que se le informaba que en esa fecha “ha sido incluido, a instancias de Endesa Energía SAU, en el Registro de Morosidad en el sector de la Comercialización de electricidad y Gas (RSM) detallándose que los datos de impago se refieren a una deuda de gas por importe de 141,17 € con fecha de vencimiento de 2 de junio de 2008. A raíz de esto el demandante acudió primero a la Agencia de Protección de Datos instando la iniciación de un procedimiento sancionador contra Endesa. Es oportuno centrarse principalmente en los puntos que abordan la problemática del derecho al olvido:

- a) El primer asunto sometido a debate es el procedimiento seguido para la salvaguarda de sus derechos (vid. fundamento 3º de la resolución). Concretamente, la posible inadecuación del procedimiento seguido por la Administración para enjuiciar el asunto, en el sentido de que se debería haber tramitado un procedimiento destinado a la tutela de los derechos del denunciante.

El demandante acudió a la Agencia de Protección de Datos instando la iniciación de un procedimiento sancionador contra Endesa por entender que ésta después de haber admitido y acogido su derecho de oposición y cancelación siguió tratando y cedió a un tercero (Registro sectorial de morosidad) sus datos personales. La denuncia presentada contra Endesa no pretendía la tutela del derecho respecto a la falta de respuesta o negativa a proceder a la cancelación solicitada, pues la respuesta dada por la compañía Endesa satisfacía su petición de cancelación. El problema se centraba en determinar si pese al reconocimiento formal del derecho de cancelación del afectado, el tratamiento posterior de sus datos por parte de la citada entidad la hizo incurrir en alguna infracción de la LOPD. En la sentencia que estamos comentando, se considera —conforme había pedido y actuado el demandante— que el procedimiento seguido es el adecuado y, por tanto, se desestima este motivo.

- b) En segundo término, el demandado-recurrente impugna la sanción impuesta de 6000 € en primera instancia, al considerar que no había habido infracción. Alega que cumplió

¹⁰⁶ Una de las principales empresas de suministro energético español e internacional.

con la solicitud y evitó la cesión de los datos para un uso comercial, reclamando una obligación pendiente de pago de su previa relación contractual. Únicamente se ha producido un error en la contestación al demandante puesto que no era procedente cancelar sus datos en relación con las deudas que tenía éste pendiente durante la vigencia de su contrato. Atendiendo al contrato celebrado por las partes, se exigía el uso de los datos personales del denunciante hasta que la relación hubiera concluido. Puesto que ese contrato no había terminado, el uso de los datos personales del denunciante era necesario y la cancelación de los mismos no era procedente mientras esa relación no hubiera concluido. El hecho de no haberse especificado que la cancelación solo produciría efectos *pro futuro* no puede ser interpretado como la imposibilidad de utilizar los datos del recurrente para reclamarle deudas vencidas y exigibles correspondientes al periodo en que la relación comercial entre ambos subsistía. El derecho de oposición y cancelación de datos no puede ser utilizado como mecanismo liberatorio o de condonación de deudas vencidas y, por ende, la entidad Endesa se encontraba autorizada a seguir tratando los datos personales del cliente con la finalidad de reclamarle las deudas pendientes.

La Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto, confirmando la sanción de 6.000 €.

b) La incipiente necesidad y la inminente regulación sobre el "derecho al olvido"

Hace poco¹⁰⁷, nace la [Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones](#). Para adaptarla al desarrollo de los mercados y a las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas, según expresa la propia exposición de motivos, procede derogar en parte esta Directiva e integrarla por la actual vigente sobre la protección de la intimidad en el entorno digital 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.

En España, se ha conjugado una dualidad normativa que incide en el panorama protector del binomio datos personales-intimidad; la primera norma es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; la segunda, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

Como puede observarse, la normativa de base tanto europea como nacional no puede ser suficiente para consagrar una regulación del derecho al olvido; la propia Directiva europea de 2002, en su exposición de motivos, dice —párrafo 6— que "Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura común mundial

¹⁰⁷ Los acuerdos internacionales ratificados por el Estado español sobre la materia: el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), los arts. 5, 6, 8 y 9 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y, por último, 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.

para la prestación de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas. Los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a través de Internet introducen nuevas posibilidades para los usuarios, pero también nuevos riesgos para sus datos personales y su intimidad". Por su parte, el párrafo 7 dice que "en el caso de las redes públicas de comunicación, deben elaborarse disposiciones legales, reglamentarias y técnicas específicas con objeto de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y los intereses legítimos de las personas jurídicas, en particular frente a la creciente capacidad de almacenamiento y tratamiento informático de datos relativos a abonados y usuarios".

Sin embargo, las normas (o por mejor decir, la norma, porque aunque se trata de una Propuesta de Reglamento y de un Dictamen, éste último no tiene valor normativo en el ordenamiento comunitario) que entran de lleno en la regulación del "derecho al olvido" están en el Reglamento de Protección de Datos (aunque nos referiremos también a los aspectos del Dictamen que tratan este asunto. Y así:

- [Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen requisitos técnicos para las transferencias y adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento \(CE\) n° 924/2009, de 23 de junio de 2011.](#)

Con pocas o ningunas indicaciones a la cuestión del "derecho al olvido", quizá los puntos más relevantes a este respecto sean los números 16 y 17. A tenor del primero, las autoridades nacionales tendrán la facultad de supervisar las posibles infracciones de todas las obligaciones incluidas en la propuesta, así como de aplicar sanciones, incluidas aquellas relacionadas con la obligación incluida en los artículos 6 y 8. Esta facultad tendría unas repercusiones potencialmente amplias sobre la intimidad de las personas físicas, desde la perspectiva de la protección de datos. Esto es, el Dictamen sólo refiere la realidad de que serán los gobiernos y los Estados los que determinen los mecanismos sancionadores en los procesos establecidos en el Reglamento.

Por su parte, el número 17, de mayor complejidad y enjundia, viene a determinar que a pesar de que dicho tratamiento de datos personales deberá ser conforme con las normas nacionales de incorporación de la Directiva 95/46/CE, el SEPD – Supervisor Europeo de Protección de Datos— desea hacer hincapié en que la propuesta ya debería valorar la obligación de supervisión, desde los principios de proporcionalidad y necesidad consagrados en la Directiva 95/46/CE [artículo 6, apartado 1, letra c)]. En este sentido, al considerar en particular los artículos 6 y 8, en opinión del SEPD resultaría más proporcionado introducir un sistema mediante el cual el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes únicamente se activara caso a caso, lo cual significaría que la intervención por parte de la autoridad –y, por tanto, el tratamiento de datos personales de un

determinado ordenante y/o beneficiario— se activaría principalmente cuando hubiera un motivo específico, como en el caso de que el ordenante o el beneficiario presenten una reclamación por la infracción de lo dispuesto en dichos artículos, o en el contexto de una investigación de oficio específica, posiblemente sobre la base de una información proporcionada por un tercero.

- [La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 25 de enero de 2012 \(Reglamento general de protección de datos\).](#)

En esta dirección, la propuesta¹⁰⁸ de Reglamento aborda con precisión cuestiones como el ámbito de aplicación territorial, resolviendo la problemática de jurisdicción y de ley aplicable que plantean las corporaciones internacionales que ofrecen servicios de tratamiento de datos —redes sociales virtuales, motores de búsqueda, servicios de computación en nube— y que tienen su sede fuera de la Unión Europea. Igualmente, regula con precisión la transparencia de la información y el derecho al olvido en Internet —el deseo de “borrar el rastro en Internet”—, haciendo recaer la responsabilidad de garantizarlo en quien haya publicado los datos personales y no en los buscadores, al mismo tiempo que incorpora límites al derecho a la protección de datos personales para garantizar la libertad de información y de expresión.

La propuesta de Reglamento entra con fuerza y sin temores a abordar un tema que, como estamos apreciando, es de una sensibilidad social y jurídica notable.

Punto 3.4.3.3. Sección 3. Rectificación - Protección. Al principio, cuando se analiza el contenido de la Propuesta, existe una primera referencia al artículo 17, que establece el derecho del interesado al olvido y de supresión. Asimismo elabora y especifica el derecho de supresión que se establece en el artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46/CE y establece las condiciones del derecho al olvido, incluida la obligación del responsable de tratamiento que haya difundido los datos personales de informar a los terceros sobre la solicitud del interesado de suprimir todos los enlaces a los datos personales, copias o réplicas de los mismos. También integra el derecho a que se restrinja el tratamiento en determinados casos, evitando la ambigüedad del término “bloqueo”.

¹⁰⁸ TRONCOSO (2013): “La Comisión era consciente de que existía un problema y lo ha resuelto de la mejor manera posible —o, a nuestro juicio, de la única manera razonable—. Frente a quienes han mantenido que el derecho al olvido en Internet debía pivotar sobre el derecho de oposición ejercido sobre los motores de búsqueda como responsables de sus propios tratamientos —esta sería la posición de la AEPD en las Resoluciones de tutela de derechos frente a Google—, la propuesta de Reglamento construye el derecho al olvido en Internet sobre las obligaciones del responsable principal —de la *web máster*— que ha hecho público los datos”.

Núm. 53 de la Propuesta de Reglamento. Toda persona debe tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y “derecho al olvido”, cuando la conservación de tales datos no se ajuste a lo dispuesto en el presente Reglamento. En particular, a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el presente Reglamento. Este derecho es particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en Internet. Sin embargo, la posterior conservación de los datos debe autorizarse cuando sea necesario para fines de investigación histórica, estadística y científica, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando la legislación lo exija, o en caso de que existan motivos para restringir el tratamiento de los datos en vez de proceder a su supresión.

Núm. 54 de la Propuesta de Reglamento. Con el fin de reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión también debe ampliarse de tal forma que los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos los datos personales deben estar obligados a informar a los terceros que estén tratando tales datos de que un interesado les solicita que supriman todo enlace a tales datos personales, o las copias o réplicas de los mismos. Para garantizar esta información, el responsable del tratamiento debe tomar todas las medidas razonables, incluidas las de carácter técnico, en relación con los datos cuya publicación sea de su competencia. En relación con la publicación de datos personales por un tercero, el responsable del tratamiento debe ser considerado responsable de la publicación, en caso de que haya autorizado la publicación por parte de dicho tercero¹⁰⁹.

¹⁰⁹ El derecho al olvido no se garantiza con un procedimiento en el que el interesado se dirige y le exige al buscador que cancele la información sino que tiene que ejercitar su derecho ante el responsable que publicó inicialmente los datos personales, quedando obligado este responsable a comunicar al tercero que trata los datos, “que el interesado les solicita que supriman cualquier enlace a estos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos”. El que atiende la solicitud de derecho al olvido es, por tanto, el responsable de la publicación inicial, no el buscador, y le corresponde al primero trasladar la petición al segundo, debiendo cancelar ambos. TRONCOSO (2013).

Núm. 129 de la Propuesta de Reglamento. Es una referencia tangencial, en la medida que incluye el “derecho al olvido” entre los derechos que los Estados podrían delegar a la Comisión europea a fin de incidir en la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, en particular, al tratamiento de datos personales.

Artículo 17 de la Propuesta de Reglamento¹¹⁰. Es un precepto extenso, pero merece la pena al menos detenerse en su primera parte, a partir de cuya definición clarifica el absoluto régimen jurídico para un derecho de perfiles aún tan inciertos.

Artículo 17

Derecho al olvido y a la supresión. El interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes...

De esta forma, se reconoce expresamente el derecho de los usuarios a exigir a los proveedores de estos servicios de Internet que borren completamente sus datos personales —por ejemplo, sus fotos— cuando el cliente se dé de baja en el servicio o cuando dejen de ser necesarios para los fines para los que se recabaron. Además, se establece expresamente que cuando “el responsable haya hecho públicos los datos personales, éste está obligado a adoptar las medidas razonables —incluidas las técnicas— en lo que respecta a los datos de cuya publicación sea responsable con miras a informar a los terceros que están tratando dichos datos de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a estos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. Además, cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un tercero a publicar datos personales, será considerado responsable de la publicación” —art. 17.2—. De esta forma, cuando los datos personales se hayan hecho públicos, sobre todo en Internet, el responsable deberá velar por la cancelación de los mismos de cualquier *link*, copia o réplica de los mismos que se encuentre accesible en servicios de comunicación que faciliten su búsqueda¹¹¹.

¹¹⁰ Habría una última referencia II.vi., en el artículo 79.5.c) del Reglamento, que se refiere a la posibilidad de que las autoridades administrativas correspondientes sancionen los supuestos en que se conculquen derechos derivados del olvido digital.

¹¹¹ TRONCOSO (2013). Subrayado del propio autor. De igual modo, [señala que] la propuesta de Reglamento cierra el debate sobre la determinación de la responsabilidad de los diferentes actores —de quien publica inicialmente la información en Internet y de los motores de búsqueda que llevan a cabo los tratamientos posteriores— y ante quien deben ejercitarse los derechos. Así, la propuesta de Reglamento centra el derecho al olvido en Internet en que el responsable de la publicación inicial suprima los datos y se abstenga de darles más difusión (art. 17.1); obliga al responsable que haya hecho públicos los datos no sólo a suprimir la publicación sino también a dirigirse a los terceros que estén tratando dichos datos para informarles de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a estos datos personales o cualquier copia o réplica de los mismos (art. 17.2); obliga al responsable a adoptar medidas técnicas para que los terceros supriman cualquier enlace, copia o réplica de los mismos, lo que le obliga a establecer límites a la indexación (art. 17.2); señala que cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un

Hasta aquí la regulación en el Reglamento del denominado “derecho al olvido”. Como se ve, una regulación compleja y problemática, que involucra a muchos sujetos y muchas vicisitudes.

3.3. Cuestiones técnicas

Como introducción, puede decirse con Suñé Llinás, refiriéndose a las opciones técnicas de control de la intimidad en el entorno digital, que la mayor parte de estas tecnologías persiguen “tratamientos invisibles”; es decir, tratamientos de datos —y muy especialmente personales—, limitando al máximo o incluso anulando, no sólo el consentimiento, sino también la información del afectado, que o bien no puede conocer, o se procura que en la práctica conozca lo menos posible el tratamiento de sus datos personales. Los tratamientos invisibles, se hagan como se hagan, aunque puedan conllevar en ocasiones un consentimiento formal, en ningún caso cumplen con el requisito de consentimiento libre e informado, para el tratamiento de datos personales, que exige la normativa europea sobre protección de datos personales, y muy especialmente la Directiva 95/46¹¹².

Álvarez Marañón, investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), ha resaltado la total diferencia que se da entre la relativamente fácil operación de desactivación de una cuenta o perfil, de la eliminación o borrado total de ese perfil, lo que puede llegar a ser definitivamente imposible. Este experto en criptología y seguridad de la información en el Instituto de Física Aplicada del CSIC, ha observado que desactivar una cuenta no tiene “el más mínimo impacto” y que normalmente se vuelve a activar en el momento que un usuario vuelve a introducir sus claves o contraseñas; pero en el caso de la “eliminación” completa de un perfil, la complejidad puede llegar a ser un hándicap de tal calibre que imposibilite dicha eliminación o borrado de información.

a) Cuestiones técnicas en el caso de los buscadores

Singular atención merece el creciente interés mostrado por los ciudadanos para que sus datos personales no aparezcan en los índices o resultados que ofrecen los motores de búsqueda en Internet a partir de los datos identificativos de una persona. En los últimos tiempos la generalización de las prestaciones y uso de estos servicios está comportando importantes consecuencias al activar y permitir el acceso de cualquiera a datos personales

tercero a publicar datos personales —lo ha autorizado cuando publica la información en un boletín oficial que tiene el carácter de fuente accesible al público o se niega a establecer herramientas que impida la indexación— será considerado responsable de la publicación (art. 17.2 *in fine*); obliga al responsable del tratamiento a implementar mecanismos para garantizar que se respetan los plazos fijados para la supresión de datos personales y/o para el examen periódico de la necesidad de conservar los datos (art. 17.7).

¹¹² SUÑÉ (2012, p. 3).

que con anterioridad eran difícilmente localizables, por encontrarse dicha información alojada en sitios web que posibilitan su captación y acceso a través de la indexación que realizan los buscadores. Como ya se ha puesto de manifiesto en relación a quienes hacen accesible en la red la información, aunque el tratamiento de los datos de los usuarios pueda estar legitimado en origen —por ejemplo, el ejercicio de los derechos fundamentales vinculados a la libertad de expresión—, ello no excluye que deban garantizarse, a solicitud de su titular, el ejercicio de los derechos que la LOPD les reconoce¹¹³. Tecnologías que impidan la indexación de datos personales en motores de búsqueda: No podemos olvidar que los buscadores se limitan a reflejar parcialmente lo que se publica en los sitios web y ello en la medida que los propios sitios web lo permiten o impiden total o parcialmente mediante la programación de sus páginas web para que no puedan ser rastreadas por los buscadores y, en su caso, indexadas para posteriormente aparecer en las búsquedas de los usuarios de Internet. La tecnología para que los sitios web no aparezcan en los buscadores existe desde hace tiempo, otra cosa es que los sitios web no la implementen por el motivo que sea, pero ciertamente los sitios web tienen la posibilidad de aparecer o no aparecer en los buscadores¹¹⁴.

Por ello, cuando una persona, tras efectuar una búsqueda en un buscador, ve que sus datos aparecen en Internet, debería dirigir su petición de borrado de datos no al buscador, sino al responsable titular del sitio web, quien deberá atender tal petición de conformidad con la legislación sobre protección de datos que reconoce el derecho a la cancelación de los datos. Tras el borrado de los datos personales en el correspondiente sitio web, tales datos ya no serán accesibles en el sitio web, ni aparecerán en los buscadores, quienes ya no podrán indexar los datos borrados cuando rastreen los contenidos del sitio web en cuestión. No obstante, el ejercicio de tal derecho en el entorno de Internet tiene una peculiaridad en el caso de los buscadores: para no aparecer en un buscador, primero que hay que desaparecer del sitio web donde constan publicados los datos, puesto que los buscadores se limitan a reproducir lo que se publica abiertamente en los sitios web (red social)¹¹⁵.

¹¹³ RALLO (2010).

¹¹⁴ TRONCOSO (2013). Los buscadores se encuentran en una situación jurídica radicalmente distinta. Estos buscadores revisan las páginas de Internet cada cierto tiempo para indexar su contenido y actualizarlo si se han producido cambios, llevando a cabo un tratamiento en la memoria caché y almacenando una colección de información —un diccionario— que facilita y agiliza las búsquedas. Está claro que el buscador es responsable de este tratamiento, especialmente cuando esta información ha desaparecido de la fuente inicial. Así, tienen que respetar el principio de calidad (art. 4 LOPD), que obliga a que los tratamientos sean exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, y aquellos que sean inexactos o incompletos deben ser cancelados y sustituidos de oficio, debiendo cancelar la información cuando haya dejado de ser necesaria o pertinente. Por tanto, los responsables de los motores de búsqueda deben adecuar los sistemas de recopilación de referencias, los índices y las estaciones de almacenamiento temporal de manera que respondan al contenido actual. Es responsabilidad de los buscadores anonimizar las búsquedas pasadas los seis meses y borrar las *cookies*. Además, los buscadores deben garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre sus propios tratamientos,...

¹¹⁵ RALLO (2010).

La cita textual merece la pena:

“Como hemos señalado, la decisión el responsable del tratamiento de publicar en abierto en Internet, pudiéndolo hacer en un espacio privado en Internet o en una Intranet y la negativa de instrumentar mecanismos de no indexación le convierte en el responsable de la publicación y de los tratamientos posteriores. Por ello, parece que lo razonable es que la responsabilidad principal de garantizar el derecho al olvido recaiga en el responsable también principal que ha hecho públicos los datos. Lógicamente, la responsabilidad del buscador sí se extiende a algunos supuestos específicos: cuando la *web máster* está en un paraíso fiscal, no responde o ha desaparecido; cuando el buscador se niegue a borrar la información habiéndoselo comunicado el responsable principal; cuando los tratamientos de datos personales supongan actividades delictivas o que vulneran gravemente los derechos; situaciones concretas que sí pueden ser gestionados por los responsables de los motores de búsqueda a través de sus propios canales de denuncia como herramienta de autorregulación –que funcionan adecuadamente, como en el caso de *youtube*, quemás adelante señalaremos- ante la solicitud de los propios perjudicados, requerimientos de las autoridades de control o medidas cautelares solicitadas por los jueces. En todo caso, sí le faltaría a la propuesta de Reglamento contener una referencia explícita a la facultad del interesado de dirigirse al responsable de los tratamientos relativos a enlaces, copias o réplicas de otros tratamientos principales en estos supuestos”¹¹⁶.

b) Cuestiones técnicas en el caso de las redes sociales

De forma resumida, diremos —con Artemi Rallo¹¹⁷— que actualmente las redes sociales facilitan a los usuarios la posibilidad de definir sus perfiles. Esta posibilidad permite a los usuarios graduar con cierta precisión la visibilidad de sus datos personales dentro y fuera de la red social. Efectivamente el usuario puede en cualquier momento y sin necesidad de realizar petición alguna cambiar la visibilidad de su perfil, teniendo tales cambios un reflejo prácticamente automático en los buscadores, sea para aparecer o desaparecer. En este sentido cabe señalar que las redes sociales ya disponen de un mecanismo para que los usuarios de redes sociales puedan ejercer el derecho al olvido con efectos dentro y fuera de la correspondiente red social, por tanto también con efectos en los buscadores. Quizás uno de los aspectos pendientes de mayor análisis es el que se refiere a si el perfil del usuario que las redes sociales tienen configurado por defecto (“privacy by default”) debe ser o puede ser públicamente cerrado o abierto, pero en cualquier caso el usuario tendría la posibilidad de configurarlo a su gusto ya en el momento de registrarse. Actualmente se está tramitando en California una ley que, con posibles multas de 10.000 \$ por infracción, obligaría a las redes sociales a establecer un perfil de usuario que, por defecto, no podría mostrar gran parte de la información del usuario sin contar con el consentimiento del mismo.

¹¹⁶ TRONCOSO (2013)

¹¹⁷ RALLO (2010).

Un problema adicional surge cuando el suministrador de esos datos o el usuario de las redes sociales han fallecido y sus familiares tratan de controlar su memoria digital. Cada día con más frecuencia las web y redes sociales tienen que gestionar la posteridad digital de sus usuarios y muchas ya cuentan con protocolos establecidos para ese fin, pero en la red aún es difícil tener el control de determinados contenidos. En estos casos —explica Guillermo Vilarroig¹¹⁸— “no se puede hacer nada salvo emprender acciones legales”. “Los medios —añade— no cambiarán las hemerotecas que son indexadas por Google. Los buscadores no dejarán de indexar contenidos. Así que queda la pataleta al Defensor del lector del medio en cuestión y la buena voluntad de la gente que te pueda ayudar”.

4. La tensión entre la intimidad y el derecho a la libertad de expresión¹¹⁹

En el escenario actual en el que nos encontramos, y tras tomar el pulso a la normativa y sensibilidad jurídicas (anglosajona en general, y norteamericana en particular, lo que nos sitúa en el ámbito del *Common Law*) de sistemas de tanto peso internacional, podemos llegar a una suerte de pacto de mínimos que nos permite considerar que el principal punto de fricción, el eje del conflicto en el derecho al olvido, se suscita en la tensión entre la intimidad¹²⁰ y la libertad de expresión, sólo que analizadas en retrospectiva.

Parece lógico pensar que el derecho al olvido ha irrumpido en esta lucha. Léanse, si no, las palabras de Franz Werro, referidas al derecho norteamericano: “Como resultado de ello, el desarrollo de un derecho a ser olvidado en los Estados Unidos, no viene, como en Europa, derivado de un equilibrio entre dos derechos reconocidos en la Constitución, sino más bien de una serie de intentos por parte de los diversos estados de forjar para sus ciudadanos una esfera de la intimidad inviolable respecto de los medios de comunicación (...)”. En completa sintonía con lo que manifiesta el profesor Werro, y *a sensu contrario*, hemos de convenir que el punto de partida en la nueva configuración del derecho al olvido es, al menos en el contexto jurídico europeo, la confrontación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad.

¹¹⁸ Texto disponible online, a 27.3.2012.

¹¹⁹ Tomamos como referencia, para estudiar y situar esta confrontación en el contexto jurídico europeo y norteamericano actual, a WERRO (2009, p. 292): “As a result, the development of a right to be forgotten in United States, has not, as in Europe, derived from a balancing of two constitutionally recognized rights, but rather of a series of attempts by the various states to carve out for their citizens a sphere of individual privacy inviolable from the mass media”.

¹²⁰ De cuyo “concepto europeísta” daremos buena cuenta en este y siguientes apartados.

Acudimos a la recentísima y penúltima sentencia del Tribunal Supremo español sobre la materia, donde se exponen ampliamente los perfiles de un debate que vamos a diseccionar adecuadamente¹²¹. Antes bien, importa decir que en la conceptualización, regulación y argumentación dogmática de la protección de la intimidad, ha latido siempre y late la búsqueda de un fundamento constitucional al derecho de la intimidad. Ello tiene consecuencias de profundo calado en la manera de entender este derecho¹²².

De entrada, “en lo atinente al problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, se ha de partir de que no es posible el ejercicio absoluto e incondicional de estos últimos, ya que la Constitución en su artículo 20.4 dispone que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. Es decir, sin necesidad de acudir a más apoyo dogmático, porque la claridad del texto y del contexto es indiscutible, la libertad de expresión constitucional no es un derecho absoluto; encuentra uno de sus límites en la protección a la intimidad¹²³.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, recoge entre otras la STS, 1ª, 11.9.1997 y que son las siguientes¹²⁴:

- Que “la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos (...)”; aunque parece contradecir la afirmación anterior, no hace más que confirmarla. Que no se hayan de fijar de antemano, significa, sobre todo, que esos límites existen, y que no se pueden establecer de manera anticipada. Es consecuencia innegable de las dificultades para

¹²¹ STS, 1ª, 7.3.2012 (RJ 2012\2118, MP: José Antonio Xiol Ríos).

¹²² SUÁREZ, disponible online a fecha de 11.06.2012.

¹²³ El Tribunal Constitucional tiene dicho, en Sentencia 171/1990, de 12 de noviembre, que: “Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. En todo caso, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 336/1993, de 15 de noviembre, sostiene en lo relativo a las relaciones entre la libertad de expresión y los derechos reconocidos en el art. 18 CE que “la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto requiere que se tenga en cuenta la posición prevalente —aunque no jerárquica— que respecto al consagrado en el art. 18.1 CE ocupan los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del art. 20.1 C.E. cuando su ejercicio tiene lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido, dado que éstos constituyen no sólo libertades individuales de cada ciudadano sino también la «garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático”.

¹²⁴ Clásico es el trabajo MARTÍNEZ DE PISÓN (1993).

definir la intimidad; imposible establecer un molde teórico en el que quepan todos los matices que implica¹²⁵.

- “que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional¹²⁶ de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen”; se trata, desde luego, de un amplio párrafo de implicaciones jurídicas notabilísimas. Procedamos a una somera disección:
 - a) La tarea de ponderación o de justicia discrecional ha de llevarse a cabo partiendo de que, en caso de conflicto entre ambos derechos, prevalece el derecho a la libertad de expresión (en la medida en que es un derecho de la personalidad¹²⁷ que consagra una libertad individual y en la no menor medida de que estamos ante una garantía institucional).
 - b) La información transmitida veraz ha de ser veraz. No significa que siempre que la información no sea veraz hay intromisión de la intimidad. El concepto, como prácticamente en todos los casos en que nos movemos, es confuso. La jurisprudencia del TC arroja cierta claridad y, sobre todo, homogeneidad: “Desde el año 1988, fecha en la que el Tribunal Constitucional desarrolla por primera vez el contenido de la expresión del artículo 20 CE, “información veraz”, hasta el momento presente, la jurisprudencia constitucional ha mantenido una línea homogénea de interpretación, plenamente coherente con los planteamientos acerca de la verdad informativa característicos del ámbito periodístico. La variedad de circunstancias presentes en cada una de las situaciones de conflicto planteadas ante el Tribunal Constitucional, han obligado, en unos casos, a una matización de significado, en otros, a extender el contenido de la información veraz hacia elementos más cercanos a la opinión, e incluso a delimitar el peso del derecho a la información, en particular de su veracidad frente los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Sin embargo, hay una constante en todas las sentencias sobre el derecho a la información: la veracidad del relato noticioso depende principalmente del tipo de actuación profesional que haya seguido el periodista, tanto para obtener la noticia como a la hora de elaborarla para su transmisión al público. La STC 6/1988, sobre el caso de un periodista de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, despedido por filtrar una información a la agencia de noticias Europa Press, marca un antes y un después de la jurisprudencia constitucional sobre la veracidad de la

¹²⁵ A mayor hondura en relación con lo escrito en este mismo trabajo por la profesora Patricia S. ABRIL, puede consultarse: CABEZUELO (1998).

¹²⁶ Manifestación de profundo calado; sobre el significado de garantía institucional, puede leerse un clásico sobre la materia: BAÑO, disponible online a 9.6.2013.

¹²⁷ La cita es clara y obligada: DE CUPIS (1982).

información. Su afirmación clave sobre el contenido de la noción “información veraz” será que veracidad no equivale a “verdad”, sino que se trata fundamentalmente de un específico deber de diligencia del informador a quien se le puede exigir que “lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”. “Lo que ampara el art. 20.1 d) es la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible” (Fundamento jurídico 5). Expresión que sitúa en el centro de la idea de veracidad informativa al periodista. La noticia será digna de crédito —será información veraz— si el profesional ha reconstruido la realidad sobre la que habla siguiendo los cánones del periodismo, de contraste con una diversidad de fuentes y de elección adecuada de los elementos retóricos del relato en su difusión.

A partir de aquí toda la argumentación jurisprudencial va a situarse en este doble plano de la veracidad y la verdad. Más que el contraste entre información difundida y realidad sobre la que versa esa información, lo que es determinante para la existencia o no de veracidad es el comportamiento del difusor de la información al reconstruir periodísticamente la realidad en el relato noticioso. Veraz, entonces, vendría a ser la verdad reconocible y cuantificable en el relato difundido. Que el criterio de medida de la verdad se sitúe en la reconstrucción llevada a cabo por el periodista exige que se atienda a la conducta del informador en la tarea de búsqueda de datos, y de elaboración y de difusión de la noticia.

Una sentencia posterior, la 105/1990, en la que se examinaba la condena de un periodista de un programa deportivo de la COPE, por desacato a las Cortes de Aragón y a un Diputado, en su Fundamento jurídico 4, se centra precisamente en el análisis de la conducta del profesional para determinar si una información merecía o no llamarse veraz y tener, en consecuencia, la protección constitucional. La pregunta que se hace el Tribunal Constitucional es qué se entiende por información rectamente obtenida y difundida, y concluye que: el requisito de veracidad “no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada, sino que supone que el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional” del periodismo.

Como corolario de esta argumentación, la STC 21/2002, acerca de un reportaje de El Mundo en que se acusaba a cargos públicos de irregularidades en el desempeño de sus funciones, delimita la veracidad en los siguientes términos: “la veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo” (Fundamento jurídico 3). Atender al *modus operandi* de los periodistas en el proceso de obtención y difusión de las noticias para determinar si el resultado de su trabajo cumple o no los parámetros de información veraz, no es sólo algo inevitable, sino imprescindible, tal y como lo expresa el Tribunal Constitucional. Su jurisprudencia, al hacer gravitar la interpretación de “información veraz” en los elementos subjetivos presentes en la actividad periodística, traduce en argumentos jurídicos las reflexiones existentes sobre el carácter epistemológico del relato periodístico. Son particularmente claras a este respecto las SSTC 192/1999, —sobre un reportaje de El País en el que se insinuaban irregularidades de un cargo público, Fundamento jurídico 4— y 297/2000 —acerca de un reportaje de características similares al anterior en El Telegrama de Melilla, Fundamento jurídico 10: la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le

sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales [...]”¹²⁸—.

- c) La referencia a asuntos de relevancia pública o de interés público¹²⁹. Nos remitimos, para su concreción, al punto que sigue.
- que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; puede tratarse, sin duda, de una de las preguntas más intrigantes del panorama jurídico de la protección de la intimidad.
 - que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra;
 - que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento;

¹²⁸ AZURMENDI, consultado online a fecha de 30.11.2012.

¹²⁹ No obstante, procede decir que la Resolución 266/2007 de la Agencia Española de Protección de Datos señala que “ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet [...] Resulta palmariamente legítimo que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades —de expresión e información— (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar básico del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal”. Pero la solución es dirigirse al responsable del tratamiento y no al buscador.

- y que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SSTC 23.3.1978, 26.6.1987, 12.11.1990, 30.3.1992, 28.4.1993 y 4.10.1993); cuestión a la que hemos hecho una destacada referencia en las páginas anteriores.

La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia.

Aunque la cita es extensa, conviene fijarse en lo que ha declarado, una vez más, el profesor Troncoso: “es necesario hacer hincapié en que la protección de los datos personales, si bien tiene como beneficiario directo a la persona interesada, no afecta sólo al sujeto individual sino a toda la sociedad en su conjunto ya que el ejercicio de los derechos y libertades —la capacidad de decisión y la autonomía— exige preservar un ámbito de privacidad. Hay que superar una concepción individualista de este derecho, derivada de una lógica iusprivatista y propia del constitucionalismo liberal, que analiza el derecho fundamental a la protección de datos personales como un derecho individual, vinculado al derecho de propiedad, que concierne principalmente a las partes interesadas a las que atribuye el control de la propia información personal. Sin negar la función social de la libertad de información, es necesario afirmar que la protección de datos personales “es un elemento esencial y objetivo que afecta al conjunto de la sociedad y concierne a la calidad de una democracia que demanda ciudadanos libres y con capacidad de decisión. Existe un interés público en el respeto a la protección de los datos personales al ser también un instituto de garantía de otros derechos fundamentales, de tal manera que protegiendo los datos personales frente a los tratamientos estamos protegiendo al mismo tiempo el ordenamiento constitucional”. Por este motivo, el ejercicio de la libertad de información debe respetar también principios y derechos de protección de datos personales.

De esta forma, no se trata de exceptuar por completo la normativa de protección de datos personales en este ámbito sino de establecer sólo aquellas restricciones necesarias que faciliten la libertad de información y de expresión. Hay que tener en cuenta que tanto la propuesta de Reglamento como la Directiva protegen la libertad de expresión que se materializa a través de tratamientos de datos personales “con fines periodísticos o de expresión literaria o artística” y no sólo la libertad de información, a diferencia de nuestro Tribunal Constitucional que ha señalado que sólo ocupa una posición preferente el derecho a una comunicación pública libre que desarrollan los medios de comunicación— los medios institucionalizados de creación de la opinión pública— y los periodistas, y no la libertad de expresión genérica. Así, la propuesta de Reglamento —art. 80—, al igual que la Directiva —art. 9—, no sólo permiten excepciones en los tratamientos con fines periodísticos sino también en los de expresión literaria o artística, señalando la necesidad de conciliar el derecho a la protección de datos personales con las normas que rigen la libertad de expresión, todo ello en preceptos titulados “tratamiento de datos personales y libertad de expresión”.

También señala que el derecho al olvido en Internet se encuentra limitado por la libertad de expresión —art. 17.3.a) —. El Considerando 121 de la propuesta de Reglamento señala que “con objeto de tomar en consideración la importancia del derecho a la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario interpretar en sentido amplio conceptos relativos a dicha libertad, como el periodismo. Por consiguiente, los Estados miembros deben clasificar determinadas actividades como “periodísticas” a efectos de las exenciones y excepciones que se han de establecer al amparo del presente Reglamento “si el objeto de dichas actividades es la comunicación al público de información, opiniones o ideas, con independencia del medio que se emplee para difundirlas. No tienen por qué circunscribirse a empresas de comunicación y pueden desarrollarse con o sin ánimo de lucro”. Este planteamiento es coherente con el reconocimiento constitucional del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito “o cualquier otro medio de reproducción” —art. 20.1.a)—.

Esto obliga a modificar el criterio restrictivo en nuestro país, que sólo aplicaba la excepción de los tratamientos de datos personales con fines periodísticos a los que desarrollaban los medios de comunicación institucionalizados —a las empresas de comunicación con ánimo de lucro y a los profesionales del periodismo— en virtud de su calificación en el art. 3.j) LOPD, para adoptar ahora una doctrina que incluya también los tratamientos de datos personales que llevan a cabo los ciudadanos con fines periodísticos que pretenden comunicar al público información, opiniones o ideas, con independencia del medio que empleen para difundirlos —aunque se haga sin ánimo de lucro—, e incluso para acoger aquellos tratamientos que son plasmación de una libertad de expresión más genérica, que incluiría la literaria o artística, todo ello para favorecer la libertad de expresión en la red. Lógicamente, el hecho de que cualquier persona pueda esgrimir el ejercicio de la libertad de expresión para limitar el derecho a la protección de datos personales obliga, por una parte, a delimitar cuándo se está ejerciendo realmente la libertad de expresión a través de un tratamiento de datos personales; y por otra, a llevar a cabo una especial labor de ponderación entre derechos fundamentales y a la aplicación del principio de proporcionalidad que garantice el equilibrio entre ambos derechos, algo que no era posible con la calificación de los medios de comunicación como fuentes accesibles al público¹³⁰.

¹³⁰ TRONCOSO (2013).

5. Perspectivas de implantación del derecho al olvido

Por cuanto se ha visto hasta ahora, da la sensación de que un derecho que pretende abrirse paso precisamente en retrospectiva, se encuentra con la paradoja de que quizá sólo sea posible acogerlo “de aquí en adelante”; desde el instante en que se recoja legislativamente y entre en vigor y hacia el futuro.

5.1. Recursos técnicos y posibilidades. Análisis de los presupuestos de actuación

Hemos de acudir de nuevo a las alternativas que nos ofrece el bien estudiado artículo de Jef Ausloos¹³¹, que prevé tres mecanismos —que agrupa bajo el nombre de *Códigos*—.

- **Expiry Date:** Una posibilidad apuntada es que los datos que se comparten online nazcan con fecha de caducidad, de manera que llegado el *dies ad quem*, la información decaería. Sin embargo, como reconoce el propio autor, la viabilidad de este principio teórico está lejos de ser evidente. Alternativamente, una protección técnica más profunda podría insertarse en los datos, de forma similar a la protección DRM (se refiere a los *Digital Rights Managements*, sistema de protección de acceso a obras protegidas) de la propiedad intelectual. Aunque la interesante investigación que se está llevando a cabo parece arrojar resultados esperanzadores, sin embargo, la idea de que una persona tendrá que dar una fecha de caducidad cada vez que los datos personales están siendo recogidos parece poco realista. Además, se corre el riesgo de convertirse en un requisito meramente pro-forma al que nadie realmente presta atención. Y lo que es peor, nada impediría que alguien copiara o descifrara los datos durante el tiempo en que están accesibles.
- **Reputation Managers:** Salta a la vista que sólo el nombre asusta; gerentes de reputación... ¿a qué nos referimos? Esta posibilidad, calificada como tendencia interesante, se caracteriza por la aparición de los gestores de reputación en la Internet, sitios web que se ofrecen a controlar toda la información que circula sobre una persona, la defensa de su reputación técnica y legalmente (por ejemplo mediante la supresión de la información nociva o lo que es inaccesible) e incluso “definir su imagen”. Esto ilustra claramente las posibles amenazas de censura y la malversación de fondos y la distorsión de la información en Internet.
- **Alternatives:** Se refiere a búsqueda de alternativas que nazcan con la protección de la privacidad como estandarte del funcionamiento normal de la intercomunicación online. Estos proyectos suelen ser de código abierto, lo que permite la entrada de todo el mundo. Uno de los ejemplos más notables y recientes en este sentido es “Diáspora”. Se trata de una plataforma de red social construida desde cero con la

¹³¹ AUSLOOS (2012. pp. 11-12).

protección de la privacidad en mente y está totalmente desarrollada por una comunidad global de voluntarios. Será interesante el éxito de un servicio de tan difícil penetración en el mercado. La gran cantidad de privacidad y seguridad de los archivos que se desarrollan (en su mayoría por voluntarios) para navegadores web también ofrecen a los individuos la oportunidad de tener un mayor control sobre sus datos personales. Robots.txt, por último, es otro ejemplo notable de una norma que se está estableciendo la comunicación (privacidad).

5.2. Hacia una nueva estructura legal del derecho al olvido

Es imposible clarificar si estamos lejos del establecimiento de un sistema de protección eficaz de la privacidad a través del llamado derecho al olvido, aunque todo parece indicar que así es. Hemos podido comprobar que las dos únicas realidades legislativas a nivel europeo que, indiscutiblemente de una manera tímida, habilitan el derecho al olvido son 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, y la Directiva sobre la protección de la intimidad en el entorno digital 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.

Recurrimos de nuevo al mencionado artículo del profesor Ausloos¹³², para quien todavía hay un punto ciego en el marco actual del derecho al olvido; el alcance del derecho de aplicación debe limitarse a los casos en que el titular de los datos proporcionó su consentimiento inequívoco, que demuestra una percepción de la privacidad como control, no como dignidad. Todas las otras situaciones que legitiman el procesamiento de datos implican “necesidad” y están fuera de la libre voluntad de la persona interesada. Sobre este aspecto volveremos en breve.

Y además, como medida de seguridad contra la censura y el borrado no deseado de datos, el “derecho a ser olvidado” debe estar limitado por un “interés público”. Esta excepción cubriría, pero no se limita a, las cuestiones de la libertad de expresión. Este autor, a quien seguimos, introduce dos conceptos correctores interesantes, haciendo saber que para decidir en su aplicación, se podría contar con un estándar de “relevancia sustancial” (con respecto a los datos personales) y una prueba de proporcionalidad (con respecto a la solicitud de supresión). Pero en última instancia, serán los jueces y autoridades nacionales de protección de datos quienes decidan sobre el alcance exacto de la excepción. La carga de la prueba, como dio a entender la Comisaria de la Unión Europea Viviane Reding debe estar en el controlador de datos (lo que supone una regla decidida en favor de los usuarios-afectados).

¹³² AUSLOOS (2012. pp. 11-12).

Usa dos ejemplos:

1. X es un paciente con VIH y visita regularmente un sitio web médico que requiere que los usuarios se identifiquen. Después de un tiempo, el sitio web se vuelve muy popular y X no desea ser asociado con él nunca más. El sitio web podría contar con la excepción de interés público y se niegan a eliminar los mensajes en su totalidad.
2. Cargar imágenes individuales de sí mismo a una red social. Tiene derecho a que las retiren retro-activamente. La red social tendrá que demostrar un interés público si quiere seguir usándolas¹³³.

No existen herramientas suficientes en esta normativa y en estos supuestos para conseguir, de una manera real, llenar de contenido el establecimiento de un pretendido derecho al olvido; sí es cierto que en el ánimo del legislador está fortalecer —como objetivo primordial— el control sobre los datos propios de los sujetos, así como incrementar la transparencia y eficacia en el tratamiento de los datos. Pero esto también nos induce a pensar que a la fecha actual las propuestas y actuaciones no son más que una mera declaración de intenciones. Y que, desde luego, la tarea es ardua en la medida en que se involucran muchos aspectos, circunstancias y derechos (el propio derecho a ser olvidado, la libertad de expresión, de información, libre acceso a la cultura,...); el establecimiento adecuado de una regulación y un régimen jurídico para el derecho al olvido nos llevará necesariamente a un equilibrio delicado en el que siempre habrá de ponderarse el interés prevaleciente, no superior —porque eso dependerá de la perspectiva en que nos situemos—, pero sí al menos el interés digno de protección ante un situación compleja que, como hemos dicho, abarca toda una serie de situaciones subjetivas defendibles. Es indiscutible considerar que en este peligroso camino de límites y derechos, el consentimiento del afectado ha de convertirse en el núcleo sobre el que pivotar la regulación; de forma que, *grosso modo*, podemos enunciar que, por una parte, si el afectado ha prestado su consentimiento, no hay vulneración de su privacidad (sólo quedaría entonces poner límite a un límite: ¿cabría revocación del consentimiento? En el universo jurídico de cualquier país democrático avanzado, la respuesta no admite discusión; otra cuestión será la forma de hacer valer la revocación).

¹³³ “Que el principio de calidad —TRONCOSO (2013)— sea el que mejor explica la necesidad de conciliar el derecho a la protección de los datos de carácter personal con la libertad de expresión no encubre que la ponderación en cada caso concreto no sea una actividad fácil. Es necesario analizar pausadamente cada supuesto de hecho porque hay casos claros pero también abundantes *hard cases*, y muchos más habrá con el reconocimiento abierto del derecho al olvido en Internet en la propuesta de Reglamento, lo que incrementará exponencialmente las reclamaciones al responsable del tratamiento.

De otro lado, queda por determinar cuándo hay lesión de la intimidad si el afectado no prestó su consentimiento; es aquí donde se han de manejar y traer a colación cuestiones como el alcance temporal (¿desde cuándo puedo eliminar datos?), cuestiones técnicas (¿es viable?), cuestiones estructurales (¿cuáles son los límites que debo salvaguardar: libertad de información o derecho al olvido; existe verdadera intromisión con daño a la intimidad, honor, imagen,...?) y cuestiones coyunturales (¿es en estos momentos o en este caso prevalente la intimidad o el interés público informativo?): la cuestión es discutida y discutible.

Entonces, para concluir, podemos traer a colación nuevamente —dado que nos hemos servido generosamente de ellas— una cita del profesor Troncoso, para quien merece mención específica el respeto al principio de calidad en los tratamientos de datos personales con fines periodísticos o de expresión literaria o artística. De hecho, la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho a la protección de datos debe hacerse principalmente desde el principio de calidad, no desde el principio de consentimiento¹³⁴, que implica un automatismo acrítico, ni tampoco desde el principio de información porque conllevaría la implantación de soluciones básicamente burocráticas. El principio de calidad, que es el más importante dentro del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales en los ámbitos donde hay excepciones al consentimiento, alberga dentro de sí: el principio de adecuación y prohibición de exceso, que exige que los datos que se publiquen sean idóneos y pertinentes para la finalidad periodística y que no se publiquen datos excesivos, evitando que la libertad de expresión se ejerza de una manera desmesurada y exorbitante que no sirva para el debate político; el principio de finalidad legítima, que demanda que los tratamientos de datos personales tengan exclusivamente fines periodísticos o de expresión artística o literaria, teniendo que guardar las intromisiones en la protección de datos congruencia con la finalidad de formación de la opinión pública libre, que es lo que justifica su protección preferente; el principio de exactitud de la información, que obliga a que ésta sea veraz, y a rectificar y cancelar los datos erróneos o inexactos, algo especialmente aplicable a la publicación de medios de comunicación en Internet, teniendo en cuenta la permanencia de la información y su fácil localización a través de los buscadores. El principio de calidad explica mejor la jurisprudencia constitucional que pondera la libertad de información y la privacidad y que es aplicable claramente en este ámbito. Así, la mayoría de los criterios para la ponderación de derechos —el interés público por razón del sujeto o del objeto, la veracidad o exactitud de la información, la esencialidad de la información, la sensibilidad de los datos, etc.— tienen cabida dentro del principio de calidad. Hay temas que por ser de interés público pueden ser difundidos y pueden justificar la recogida y tratamiento de datos personales, aunque afecten a la intimidad de las personas o aunque supongan un límite a su derecho a

¹³⁴ El Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003 que aprueba en Italia el *Codice in materia di protezione dei dati personali* —*Codice Della Privacy*— recoge la excepción del consentimiento para que la prensa informativa trate datos especialmente protegidos, siempre que se cumpla la esencialidad de la información en relación con los acontecimientos de interés público —art. 137.2—.

controlar su información personal. La persona no puede oponerse a la publicación de esa información o al tratamiento de sus datos personales por el medio de comunicación, aunque afecten al ámbito privado. No hay que proteger los datos íntimos de una persona de relevancia pública cuando existe interés público, especialmente cuando su comportamiento privado contrasta con su discurso público —por ejemplo, las fotos de las fiestas privadas de Berlusconi— y esto puede ser valorado por la opinión pública, ser criticado y favorecer el cambio político —algo esencial en el valor procedimental de la libertad de información—.

Si concluimos amparando un derecho de privacidad basado solamente en el principio del consentimiento, hemos adoptado la filosofía de la privacidad estadounidense y hemos abandonado la idea que la privacidad está basada en la dignidad humana, binomio —por el contrario— en el que tradicionalmente se ha fundamentado la protección de la privacidad en Europa. El principio de calidad puede sin embargo corregir las fugas del sistema.

6. Anexo: última noticia jurídica. Conclusiones oficiales y conclusiones dogmáticas

Justo en el instante en que este *wordpaper* iba a enviarse a publicación, nos encontramos con parte de la respuesta que parece va a otorgar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al asunto de la cuestión prejudicial que planteó la Audiencia Nacional española —insistimos, pionera en esta materia— sobre el derecho al olvido. La nota de prensa es de la siguiente guisa:

Conclusiones¹³⁵ del Abogado General en el asunto C-131/12: Google Spain, S.L. y Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, M. C. G.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea difundió el 25 de junio una nota de prensa y las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional de España respecto al llamado “derecho al olvido” en Internet.

El caso enfrenta al buscador Google con la Agencia Española de Protección de Datos y un particular. El Abogado General Jääskinen considera que los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet no son responsables, sobre la base de la Directiva sobre Protección de Datos, de los datos personales incluidos en las páginas web que tratan. La normativa nacional de protección de datos es de aplicación a los buscadores cuando establecen en un Estado miembro, a fin de promover y vender espacios publicitarios en su motor de búsqueda, una oficina que

¹³⁵ <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CC0131&lang1=es&type=NOT&ancre=>

orienta su actividad hacia los habitantes de dicho Estado, aunque el tratamiento técnico de los datos se realice en otro lugar.

También sostiene que la actual Directiva no establece ningún “derecho al olvido” generalizado. Por tanto, no puede invocarse tal derecho frente a proveedores de servicios de motor de búsqueda sobre la base de la Directiva, aun cuando ésta se interpreta con arreglo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En particular, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a la protección de los datos personales, frente a la libertad de expresión e información y la libertad de empresa... Precisamente la Unión Europea está negociando ahora una nueva directiva que sí incluirá el “derecho al olvido” para las personas cuyos datos hayan sido tratados y registrados por empresas tecnológicas como Google o Facebook.

El Abogado general del TJUE sí da la razón a la Agencia Española de Protección de Datos cuando se trata de medir el ámbito de aplicación de las normas que recoge la regulación nacional y la directiva europea. Así, señala que “la normativa nacional de protección de datos es de aplicación cuando establecen en un Estado miembro, a fin de promover y vender espacios publicitarios en su motor de búsqueda, una oficina que orienta su actividad hacia los habitantes de dicho Estado, aunque el tratamiento técnico de los datos se realice en otro lugar”.

Fuentes de Google España celebraron la publicación de la opinión del abogado y resaltaron que da la razón a la compañía en tanto que la actividad que realiza como buscador es de mera indexación, no de “apropiación” de los datos.

Según la compañía, habrá que esperar a la resolución del TJUE, que se espera para después del verano o finales de este año. Asimismo, destaca que esta visión podría ser una buena fuente de inspiración para la futura directiva de protección de datos, sobre la que aún se discute.

En un breve comunicado, la compañía afirma que “es una buena opinión para la libre expresión”. “Estamos contentos de ver que apoya nuestra visión de que la exigencia de los motores de búsqueda para suprimir “información legítima y legal” equivaldría a censura”, concluye¹³⁶.

Ya hemos hecho algunas consideraciones conclusivas a lo largo de este trabajo. Nuevos conflictos se ciernen sobre el *statu quo* regulatorio en materia de privacidad y de protección de datos tanto en EEUU como en la Unión Europea. El documento normativo sobre el que trabaja la UE afecta directamente al ecosistema y al equilibrio creados en ambos extremos

¹³⁶ Fuente: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/25/navegante/1372137890.html>.

del Atlántico. En esta batalla no sólo colisionan dos “poderosos” de los datos sino que chocan dos grandes derechos, el derecho a la privacidad, el honor, con el de la libertad de expresión. Pablo García Mexía, profesor de Derecho y Gobierno de Internet en el *College of William & Mary* (Virginia, EE.UU.) y Letrado de las Cortes, apunta que parte del problema es que legalmente no hay un derecho al olvido. “No existe el Derecho al Olvido y eso es parte del problema. Hoy existe la necesidad de que internet olvide datos personales que una persona considere dañino para su imagen. El problema es que se ha sentido esta necesidad y se ha creado la idea de derecho al olvido”.

La maquinaria de presión norteamericana empieza a hacerse notar¹³⁷, y así, se informa constantemente de que la Unión Europea y Estados Unidos libran una batalla incruenta por el control de la privacidad. Conscientes de que el manejo de datos personales constituye la mayor fuente de riqueza y poder en estos días, autoridades y empresas estadounidenses llevan casi dos años presionando contra la regulación europea de protección de datos. El proceso, la mayor campaña de *lobby* que se recuerda en Bruselas, ha cobrado una nueva dimensión tras conocerse que, además de intentar persuadirlos, EE UU ha espiado a sus socios europeos. Una afrenta a la que Europa ha respondido tímidamente¹³⁸. En todo caso, parece que la conclusión más eminente es que quedan aún por escribirse algunos capítulos de esta historia.

7. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
9.11.2010	C-92/09 y C-93/09	Volker und Markus Schecke y Eifert, Rec.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
24.9.2004	2004-III Eur.Ct.H.R. 294	Von Hannover v. Germany
10.3.2009	3002/03 y 23676/03	Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom

¹³⁷ <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/07/21/849c9e0486f3300b007ba7cd1c9b6412.pdf>. Nota de la embajada de EEUU, 12.01.2012. De igual modo, un año antes, puede consultarse Carta de la Comisión Federal de Comercio de diciembre de 2011: <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/07/21/d9d751c9b66cad403d4d2903c993cc63.pdf>.

¹³⁸ El diario El País, según su propio dossier de prensa, reconstruye las presiones secretas ejercidas y revela la capacidad de influencia sobre un dossier que, pese a considerarse prioritario, corre el riesgo de no ver la luz en esta legislatura europea: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/07/21/actualidad/1374420934_701911.html.

Tribunal Constitucional

Sala y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
Pleno, 12.11.1990	RTC 1990/171	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

United States Supreme Court

Caso y fecha	Referencia
Griswold v. Connecticut (1965)	381 U.S. 479
Erznoznik v. City of Jacksonville (1975)	422 U.S. 205, 212
Florida Star v. B. J. F. (1989)	491 U.S. 524

Court of Appeals

Caso y fecha	Referencia
Roberson v. Rochester Folding Box Co (1902)	171 NY 538
Newcomb Hotel Co. v. Corbett (1921)	27 Ga. App. 365
Welsh v. Pritchard (13.3.1952)	241 P.2d 816
Gill v. Hearst Publ'g Co. (17.2.1953)	253 P.2d 441, 444-45
Sutherland v. Kroger Co. (27.10.1959)	110 S.E.2d 716
Nader v. General Motors Corp. (1970)	25 N.Y.2d 560
Dietmann v. Time, Inc (23.8.1971)	284 F. Supp. 925
Murray v. New York Magazine Co (1971)	N.Y.2d 406
Cefalu v. Globe Newspaper Co (11.6.1979)	391 N.E.2d 935
Arrington v. New York Times Co (1982)	N.Y. LEXIS 3203
Sipple v. Chronicle Publ'g Co. (11.7.1984)	201 Cal. Rptr. 665
Vassiliades v. Garfinckel's (13.5.1985)	492 A.2d 580, 590
Hall v. Post (26.8.1988)	372 S.E.2d 711
Miller v. Motorola, Inc. (23.7.1990)	560 N.E.2d 900
McNamara v. Freedom Newspapers, Inc. (24.1.1991)	802 S.W.2d 901, 905
Duran v. Detroit News, Inc. (19.7.1993)	504 N.W.2d 715, 718
Sabrina W. v. Willman (21.11.1995)	540 N.W.2d 364
Reeves v. Fox Television Network (9.2.1996)	983 F. Supp. 703, 709
Wilson v. Harvey (27.10.2005)	842 N.E.2d 83

Benz v. Wash. Newspaper Publ'g Co. (29.9.2006)	No. 05-1760
Requa v. Kent School District (24.5.2007)	U.S. Dist. Lexis 40920

United Kingdom House of Lords

Caso y fecha	Referencia
Campbell v. MGN Ltd (6.5.2004)	2004 UKHL 22

Court of Appeal (UK)

Caso y fecha	Referencia
McKennitt v. Ash (14.12.2006)	2007 EMLR 113

Tribunal Supremo

Sala y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
1ª, 7.3.2012	RJ 2012\2118	José Antonio Xiol Ríos

Audiencia Nacional

Sala y Fecha	Referencia
Contencioso-Administrativo, 27.02.2012	725/2010

8. Bibliografía

Anita ALLEN (1988), *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Librería del Congreso de los EEUU, New Jersey.

Mónica ARENAS RAMIRO (2006), *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Jef AUSLOOS (2012), "The right to be forgotten - Worth Remembering", *Computer Law & Security Review*, Vol. 28, núm. 2, pp. 143-152.

Ana AZURMENDI ADARRAGA (2012), "De la verdad informativa a la "información veraz" de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho

de la información”, *Communication&Society*, Vol. 18, núm. 2, pp. 9-48 (consultado online a fecha de 30 de noviembre de 2012).

José María BAÑO LEÓN (2013), *La distinción entre derecho fundamental y la garantía institucional en la constitución española*, disponible online a 9.6.2013.

Robin BARNES, *Outrageous Invasions: Celebrities' Private Lives, Media, and the Law*, Oxford University Press, 2010.

James BARRON (1979), “Warren & Brandeis, The Right to Privacy: Demystifying a Landmark Citation”, 13 *Suffolk U. L. Rev.* 875, pp. 903-907.

Stanley Isaac BENN (1971), “Privacy, Freedom, and Respect for Persons”, en Robert PENNOCK & John W. CHAPMAN (Eds.), *Nomos XII: Privacy 1, 10*, Atherton Press, New York, pp. 1-26.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (1998), *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Thomas McIntyre COOLEY (1888), *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independent of contract*, 2ª ed., Callaghan and company, Chicago.

Erwin CHERMERINSKY (2001), *Derecho Constitucional*, Aspen Law & Business, Irvine, California.

Francesc DE CARRERAS SERRA (2008), *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, Barcelona.

Adriano DE CUPIS (1982), “Il diritto della personalità”, en Antonio CICU y Francesco MESSINEO (Dirs.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. 4, A. Guiffrè, Milan.

Pedro DE MIGUEL ASENSIO (2013), *La cuestión prejudicial de la Audiencia Nacional sobre Google y la evolución de la legislación sobre protección de datos*, blog consultado a fecha de 3 de marzo de 2012.

Charles FRIED (1968), “Privacy”, 77 *Yale Law Journal*, pp. 475-482.

Ruth GAVISON (1980), “Privacy and the Limits of Law”, 89 *Yale Law Journal*, pp. 421-440.

María del Carmen GUERRERO PICÓ (2006), *El impacto de Internet en el Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Civitas, Pamplona.

Manuel HEREDERO HIGUERAS (1998), *La Directiva Comunitaria de protección de los datos de carácter personal*. Tecnos, Madrid.

Ana Isabel HERRÁN ORTIZ (2002), *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos*, Dykinson, Madrid.

Bert-Jaap KOOPS (2011), "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten' in Big Data Practice", *Scripted*, Volume 8, núm. 3, pp. 231-256.

José María MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO (1993), *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid.

Viktor MAYER-SCHÖNBERGER (2009). *Delete. The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton University Press, New Jersey.

J. Thomas MCCARTHY (2013), *The rights of publicity and privacy*, 2ª ed., Clark Boardman Callaghan, California.

Andrew J. MCCLURG (1995), "Bringing Privacy Law Out of the Closet: A Tort Theory of Liability for Intrusions in Public Places", 73 *N.C. L. Rev.* 989.

Xavier O'CALLAGHAN (1991), *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Editorial Revista de Derecho Privado - Editorial de Derechos Reunidas, EDERSA, Barcelona.

Richard B. PARKER, "A Definition of Privacy," *Rutgers Law Review* 27 (1974): 281.

William L. PROSSER (1960), "Privacy", 48 *California Law Review*.

Artemi RALLO LOMBARTE (2010), "El derecho al olvido y su protección", *Revista TELOS*, núm. 85, pp. 104-108.

Lance E. ROTHENBERG (2000), "Re-Thinking Privacy: Peeping Toms, Video Voyeurs, and the Failure of Criminal Law to Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space", 49 *Am. U. L. Rev.* 1127, pp. 1146-1155.

Pablo SALVADOR CODERCH *et al.* (1987), *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid.

Patricia SÁNCHEZ ABRIL & Avner LEVIN (2009), "Dos Nociones sobre la Privacidad Online", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 11, pp. 1001-1051.

Pere SIMÓN CASTELLANO (2012), *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Daniel J. SOLOVE (2002), "Conceptualizing Privacy", 90 *California Law Review*, pp. 1087 y ss.

---(2006), "A Taxonomy of Privacy", 154 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 477 y ss.

Christian SUÁREZ CROTHERS (2012), *El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo*, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 11, pp. 103-120.

Emilio SUÑÉ LLINÁS (2012), *La protección de datos personales en internet*, II Congreso Mundial de Derecho Informático, disponible online a fecha de 28.3.2012.

Abel TÉLLEZ AGUILERA (2002), *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Edisofer, Madrid.

Antonio TRONCOSO REIGADA (2012), "Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, pp. 25-160.

---(2013), *El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales*, disponible online a fecha de 14.4.2013.

Eugene VOLOKH (2000), "Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You", *Stanford Law Review* 52, pp. 1049.

Samuel WARREN & Louis BRANDEIS (1890), "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV, núm. 15, pp. 2303-2312.

Rolf H. WEBER (2011). "[The right to be forgotten: more than a Pandora's box?](#)", *Journal of intellectual property, information technology and e-commerce law*, Vol. 2, p. 120-130.

Franz WERRO (2009), "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", en Aurelia Colombi CIACCHI, Christine GODT, Peter ROTT & Leslie Jane SMITH (Eds.), *Liability In The Third Millennium*, Baden-Baden, F.R.G.

Alan F. WESTIN (1968), "Privacy and Freedom", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 25, núm. 1, pp. 166-170.

James Q. WHITMAN (2004), "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty", *Yale Law School Faculty Scholarship*, pp. 1151-1221.

Diane ZIMMERMAN (1983). "Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort", 68 *Cornell Law Review* 68, pp. 291 y ss.