



El derecho al olvido digital

Luis Javier Mieres Mieres

Documento de trabajo 186/2014




Luis Javier Mieres Mieres

Letrado del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Pompeu Fabra. Ha sido profesor de Derecho Constitucional y Comunitario en la Escuela Judicial (2012-2013), y asesor del Gabinete de la vicepresidenta primera del Gobierno (2004-2008) y del ministro de Justicia (2009-2011). Ha publicado diversos trabajos sobre justicia constitucional (entre otros, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, Cívitas/IVAP, 1998) y derechos fundamentales, en particular en relación con el derecho fundamental a la intimidad (*Intimidad personal y familia. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2002).

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas.

© Fundación Alternativas
© Luis Javier Mieres Mieres

ISBN: 978-84-15860-25-9
Depósito Legal: M-12829-2014
Maquetación: Estrella Torrico
Edición: Iosu Latorre

Impreso en papel ecológico 

Contenido

Resumen ejecutivo	3
Introducción	6
1. Fundamento y crítica del derecho al olvido	10
1.1. El olvido como garantía de la libertad	10
1.2. El derecho al olvido como proyección de los derechos de la personalidad	13
1.3. El derecho al olvido como proyección del derecho a la protección de datos.....	18
1.4. Las críticas al derecho al olvido	25
2. El derecho al olvido y los medios de comunicación	28
2.1. Publicación actual de informaciones o hechos del pasado	28
2.2. El mantenimiento de noticias pasadas en los archivos digitales de los medios de comunicación	31
2.3. Algunas conclusiones sobre el nivel de protección del derecho al olvido frente a los medios de comunicación	38
3. Derecho al olvido y servicios de la sociedad de la información: motores de búsqueda y redes sociales	41
3.1. Los motores de búsqueda	41
3.2. Las redes sociales	49
4. Conclusiones	51
Bibliografía	53

Siglas y abreviaturas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
CE	Constitución Española
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CP	Código Penal
ENISA	Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información
FJ	Fundamento jurídico
LOPD	Ley Orgánica Protección de Datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El derecho al olvido digital

Luis Javier Mieres Mieres

El debate sobre la existencia, extensión y límites del denominado derecho al olvido es una de las cuestiones públicas que han suscitado las transformaciones originadas por el mundo digital. Informaciones y datos hasta ahora difícilmente accesibles como consecuencia de las limitaciones de las técnicas tradicionales de almacenamiento están hoy, gracias a Internet, a disposición de cualquiera. Esta transparencia de la historia digital de las personas comporta, sin duda, beneficios para la sociedad, pero también riesgos para la preservación de derechos como el honor, la intimidad y la protección de datos personales. En la tensión entre publicidad y reserva subyace un conflicto de derechos que demanda una ponderación razonable para determinar qué derecho prevalece, bajo qué condiciones y en qué circunstancias.

El trabajo analiza el fundamento a partir del cual se puede derivar un derecho al olvido que ponga límites a la perennidad de la información en línea. A partir del derecho a la protección de datos y del derecho a la intimidad o a la vida privada es posible articular la pretensión de las personas a no verse perseguidas por las informaciones del pasado. A pesar de las críticas formuladas en el debate sobre este derecho, la práctica de las autoridades nacionales de protección de datos y de los tribunales ha ido creando un espacio para su reconocimiento. La necesidad de protección frente a una red que no olvida ha sido acogida favorablemente por la Comisión Europea, que ha propuesto una regulación de este derecho en el proyecto de Reglamento general de protección de datos personales.

Un ámbito especialmente relevante es el de los medios de comunicación tanto en la divulgación actual de hechos o informaciones del pasado como en el mantenimiento de archivos digitales de noticias. La problemática que generan estas manifestaciones de la libertad de información desde el punto de vista del derecho al olvido es compleja y las soluciones que pueden trazarse pasan siempre por la ponderación. En este sentido, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido estableciendo un marco de referencia para hallar equilibrios razonables entre la libertad de información en línea y los derechos de los demás.

Los servicios de la sociedad de la información integrados por los motores de búsqueda y las redes sociales constituyen otro ámbito en el que el derecho al olvido tiene una incidencia significativa. En el caso de los buscadores, la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 ha afirmado con rotundidad la sujeción de este tipo de servicios al cumplimiento de la normativa de protección de datos y, en particular, la

obligación de éstos de eliminar de la lista de resultados los vínculos a páginas web que contengan datos personales inadecuados, no pertinentes o excesivos, especialmente, como consecuencia del paso del tiempo. Este reconocimiento del derecho al olvido frente a los motores de búsqueda constituye un decidido avance en el logro de una protección plena y eficaz de los derechos de las personas en el entorno digital cuya implementación efectiva requerirá la colaboración de los gestores de los motores de búsqueda y las autoridades de protección de datos con el fin de establecer un marco relativamente claro y seguro para dar solución a los conflictos entre intereses privados e interés público subyacentes en la determinación del alcance del derecho al olvido. . Finalmente, en el caso de las redes sociales, se ha de poner especial énfasis en el valor del consentimiento del particular como elemento clave para dirimir los supuestos en que se quiere ejercitar el derecho al olvido.

Introducción

Internet es el gran foro público a través del cual millones de personas se expresan y se informan. Los contenidos albergados en la red son accesibles por cualquiera sin consideración de límites temporales ni espaciales. Esa accesibilidad universal y temporalmente ilimitada a cualquier información o contenido sobre una persona está en la base de la reflexión sobre la necesidad de poner límites a la capacidad de la red de recordar todo y presentar en una suerte de presente continuo la vida digital de las personas (Solove, 2007:17; Rosen, 2010). El derecho al olvido es la respuesta a la amenaza que supone para el libre desarrollo de la personalidad el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre el dato publicado y la realidad actual.

Los casos en que ese derecho puede ser reivindicado por los interesados son muy variados, pero, con el fin de situar el problema, podemos referirnos a un caso real analizado por la defensora del lector de un importante diario de nuestro país (Pérez Oliva, 2011): en 1984 se publica una noticia en la que se afirma que una conocida gimnasta, que iba a participar en los próximos Juegos Olímpicos, sufre anorexia. Veintiséis años después, la protagonista de la noticia, casada y con hijos, se dirige al medio de comunicación con el fin que “de algún modo se advierta de que la información, aunque se creyera correcta en su momento, resultó ser falsa”. La información en su día fue lícitamente publicada y no fue objeto de rectificación. Se refería a un personaje público, en la medida en que se trataba de una atleta olímpica, y abordaba un asunto que podía decirse de interés general, al poner el acento en los riesgos para la salud que podía entrañar una práctica deportiva en determinado nivel de exigencia. Nada de ello estaba en cuestión, solo que tras más de dos décadas, esa noticia seguía persiguiendo a la exgimnasta al teclear su nombre en un buscador. ¿Puede legítimamente oponerse a que esa publicidad no querida continúe vinculándola con una información del pasado cuando su vida ya es otra? Casos de este tipo son a los que se pretende dar una respuesta a través del reconocimiento del derecho al olvido. Se trata de garantizar la efectividad del control de las personas sobre las informaciones y datos presentes en la red que se refieren a ellas, que resultan obsoletas y cuya difusión o accesibilidad actual les perjudica.

El derecho al olvido es la última manifestación de la necesidad de preservar la privacidad de las personas frente a las amenazas que entraña el progreso tecnológico. Los riesgos que pueden surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada están en el origen, como reconoció tempranamente el Tribunal Constitucional, del reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio pueden realizarse sobre los espacios o ámbitos en los que las personas desarrollan su esfera personal (STC 110/1984). Esta vinculación entre el derecho a la vida privada y el avance de la tecnología se puso ya de manifiesto en el seminal artículo de la *Harvard Law Review* de los juristas norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis, “The right to privacy”, publicado en 1890. Aquella obra, en la que se proponía un nuevo derecho fundado en el *common law* para proteger la dignidad personal, era la

respuesta a los cambios propiciados por la expansión del uso de las nuevas tecnologías de la época: “Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas –se lamentaban los autores– han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: ‘lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos’” (Warren y Brandeis, 1995:25).

Los contornos del derecho a la vida privada se han ido modelando al paso del surgimiento de nuevas amenazas derivadas del avance tecnológico. En esa evolución, la formulación del derecho a la protección de datos ha constituido la respuesta jurídica al radical cambio que suponía la informática y la digitalización de la información. Las garantías naturales de la protección de la vida privada derivadas de los factores de tiempo y espacio en el mundo real resultan gravemente alteradas en el mundo digital, en el que la información puede guardarse por tiempo indefinido y ser accesible desde cualquier punto. Frente a esa nueva realidad, resultaba perentorio fortalecer la posición jurídica de las personas en relación con sus datos personales, tal y como explicaba, muy vivamente, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal:

“[...] la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo. Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona.[...] Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas.”

El Derecho se configura así como un contrafuerte de la dignidad y la libertad de la personas frente al cambio tecnológico. Ante las necesidades de protección derivadas de las nuevas circunstancias técnicas, la respuesta del ordenamiento ha sido la configuración de un nuevo derecho, en este caso, el derecho a la protección de datos.

De manera equivalente, el derecho al olvido vendría a ser la respuesta jurídica ante el mantenimiento indefinido en la red de información que nos concierne. Sin embargo, también podría plantearse que, si la perennidad de la información en la red

es el problema, la solución debería buscarse en la técnica y no en el Derecho. Así argumentan quienes consideran que el medio adecuado para impedir los efectos negativos que se pueden derivar de la capacidad de almacenaje permanente de la información es redefinir el “código” (Lessig, 2001) con el que se construyen los distintos servicios de la sociedad de la información.

En lugar de una situación en la que por defecto se retiene todo sin límite temporal, podría pasarse a otra en la que el punto de partida fuera el borrado por defecto mediante la introducción de fechas de caducidad en el almacenaje de datos por parte de los usuarios. Esta es la solución propuesta por Mayer-Schönberger (2009:171) y forma parte de algunas aplicaciones existentes en el mercado. Por ejemplo, Snapchat es una aplicación que permite enviar fotos, vídeos o textos que se borran automáticamente después de haber sido leídos; TigerText habilita al usuario para poner un límite temporal al texto que envía, desde un minuto a 30 días, transcurrido el cual se produce el borrado total; Vanish es una tecnología en desarrollo que permite generar datos cuyas copias (que pueden estar en poder de terceros) se autodestruyan con el paso del tiempo.

Estas soluciones técnicas no ofrecen, sin embargo, una respuesta global a los retos que pretende afrontar el derecho al olvido. Por un lado, la extensión de su uso es bastante reducida, de modo que el problema de la perennidad de la información persiste. En un momento en el que el tratamiento masivo de datos, o *big data*, constituye un ámbito de creciente interés por parte de la industria tecnológica y de las empresas como nueva forma de extraer valor a la información accesible en la red (al respecto, Mayer-Schönberger y Cukier, 2013), no parece que existan muchos incentivos para la creación de tecnologías que permitan a los usuarios el borrado de datos. Pero, por otro lado, una opción como esta presenta problemas operativos, porque para los usuarios puede ser difícil establecer una fecha de caducidad de datos por adelantado, dada la incertidumbre sobre las necesidades o los usos que en el futuro quiera dárseles. La vía técnica solo cubre, además, el escenario de la publicación voluntaria de datos propios, pero no, en cambio, el tratamiento de datos que pueda hacer un tercero que determina los fines a los que responde el tratamiento y para quien el establecimiento de un límite temporal preciso por parte del usuario puede ser contrario a esos fines. Solo si se establece normativamente esa obligación para el tercero, el usuario podría fijar una fecha de caducidad (Koops, 2011:243). En todo caso, la técnica por sí sola no bastaría. Como ha reconocido la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA), “el derecho al olvido no puede ser garantizado utilizando solo medios técnicos” (ENISA, 2011:13).

Ante la insuficiencia de las soluciones tecnológicas, el debate sobre cómo impedir “la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona” en la red o, al menos, facultar al individuo para controlar el grado de trazabilidad de su vida en línea se ha articulado bajo el nombre de derecho al olvido. La denominación puede resultar equívoca, por excesiva. La limitaciones humanas para recordar no son trasladables a un entorno tecnificado como el mundo digital. Como ha advertido ENISA, en un sistema abierto y global como Internet es técnicamente imposible eliminar todas las copias que pueden existir de una información o unos datos

(ENISA, 2011:8). Sin embargo, aunque el olvido digital no sea totalmente practicable, mantener la denominación de derecho al olvido tiene la ventaja de que, por la carga emotiva que conlleva la palabra, es capaz de atraer la atención de la opinión pública sobre los intereses subyacentes merecedores de protección. Además, esta terminología es la que se emplea en otros países (*right to be forgotten*, *droit a l'oubli*, *dirito a l'obblío*, *Recht auf Vergessenwerden*).

En el ámbito europeo, el debate sobre el reconocimiento y alcance del derecho al olvido está decisivamente condicionado por dos hechos. Por un lado, la sentencia del Tribunal de Justicia dictada sobre la cuestión prejudicial (C-131/12) planteada por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con motivo del recurso interpuesto por Google contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que le obligaba a eliminar de sus resultados de búsqueda el *link* a la publicación, en una página del diario *La Vanguardia*, del anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social que afectaba a un ciudadano, quien alegaba que ese asunto había sido resuelto hacía años y carecía de relevancia actualmente. Mediante esta cuestión prejudicial se planteaba sustancialmente si de la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos puede derivarse un derecho al olvido, y la respuesta del Tribunal tiene fuerza vinculante general sobre el alcance de la interpretación que deba darse a la norma europea sobre este punto.

Por otro lado, la Comisión Europea ha considerado necesario el establecimiento de un marco más sólido y coherente de protección de datos, que armonice las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales. Con ese fin, en enero de 2012 se presentó al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Reglamento general de protección de datos [COM(2012) 11 final]. La propuesta contempla expresamente en su artículo 17 una regulación del derecho al olvido. El Parlamento Europeo ha aprobado el pasado marzo del 2014 su posición sobre la propuesta de la Comisión, tras consolidar las casi 4.000 enmiendas presentadas en 196 enmiendas transaccionales. En el texto aprobado por el Parlamento se mantiene y refuerza la regulación del derecho al olvido, aunque se sustituye la denominación por la de “derecho a la supresión”ⁱ. Por su parte, el Consejo Europeo, en su reunión del pasado 24-25 octubre, expresó, en el punto 8 de las Conclusiones, su compromiso con “la oportuna adopción de un sólido marco general de protección de datos de la Unión Europea”ⁱⁱ. Si, finalmente, se aprueba definitivamente el Reglamento, el derecho al olvido tendrá un fuerte anclaje en la normativa europea, que será directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 248 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En lo que sigue, se procederá a un análisis del fundamento del derecho al olvido con el fin de precisar su alcance y contenido, y se expondrán los argumentos críticos respecto de su reconocimiento (1), para, en un segundo momento, abordar los dos grandes contextos en los que puede ejercerse: frente a los medios de comunicación (2) y frente a los servicios de la sociedad de la información (3), como los motores de búsqueda y las redes sociales.

1. Fundamento y crítica del derecho al olvido

1.1. El olvido como garantía de la libertad

En sociedad es inevitable la exposición de uno mismo ante los demás en distintos grados. Los hechos y circunstancias de nuestra vida de relación pueden ser conocidos por terceros y recordados. Pero la fragilidad de la memoria y el paso del tiempo permiten que el pasado no constituya una presencia permanente sobre la vida actual de las personas. El recuerdo constante de aquello que hicimos, y queríamos olvidar, constituye una rémora para desarrollar en libertad y autonomía nuestro proyecto vital, bien porque nos obliga a dar razón de los sucesos pasados, bien porque, conocidos por otros fuera de su contexto, pueden dar lugar a una imagen falsa que nos perjudique.

Las personas tenemos un interés legítimo en controlar la información sobre nosotros mismos y que puede ser utilizada por otros para realizar juicios sobre nuestra valía, cualidades o personalidad (Rosen, 2001:196,200; Simón, 2012:119). El control sobre la información personal es un modo de precaverse frente al comportamiento irracional de los demás basado en los prejuicios o los estereotipos. El conocimiento de determinados datos de manera aislada puede generar reacciones adversas por parte de los terceros, con incidencia negativa en nuestra carrera profesional, nuestro crédito o las posibilidades de entablar o fortalecer nuestras relaciones sociales. Si esos datos son obsoletos y no se corresponden con la realidad actual, el riesgo de que sean mal interpretados aumenta. Estar atados al pasado o que se nos juzgue nuestro valor actual a partir de acciones pasadas constituye un menoscabo del respeto que merecemos como personas. Como sostiene Margalit, la característica que justifica el respeto a los humanos es “la capacidad de reevaluar la propia vida en un momento dado, y de cambiarla a partir de ese momento” (Margalit, 1997:66). Esa capacidad de cambiar, de empezar de nuevo, de emprender una vida futura discontinua con el pasado es el atributo que nos define como personas libres.

Instituciones jurídicas como la prescripción de la responsabilidad penal o administrativa responden a esta necesidad de garantizar la libertad, limitando la capacidad del poder público de tener en cuenta nuestro pasado en nuestro perjuicio. Salvo los delitos de genocidio y de terrorismo, si hubieren causado la muerte de alguna persona, todos los demás tipos previstos en el Código Penal (CP) están sujetos a distintos plazos de prescripción, según el grado de gravedad de la pena (art. 131 CP). Asimismo, las infracciones y sanciones administrativas están sujetas a plazos de prescripción (art. 132 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). De este modo, el transcurso del tiempo sin que el Estado ejerza su poder de castigar o sancionar crea una expectativa en el sujeto de verse desligado de las consecuencias de sus acciones pasadas. La incertidumbre e inseguridad que generaría un régimen en el que fuera posible exigir responsabilidad por hechos muy lejanos en el tiempo constituiría, sin duda, una amenaza permanente para la libertad.

Los poderes públicos también tienen límites a la hora de mantener el conocimiento de ciertos datos personales que perjudican al individuo. La regulación de los antecedentes penales (art. 136 CP) pretende limitar el tiempo en que estos pueden ser utilizados por los jueces y tribunales a la hora de apreciar la agravante de reincidencia, suspender la ejecución de la pena o acordar la libertad provisional. Una vez cancelados los antecedentes penales, transcurridos los plazos legalmente previstos, el hecho de la condena no puede desplegar efectos jurídicos posteriores. Incluso la Ley General Penitenciaria establece que los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal “deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos”, y que los antecedentes penales “no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica” (art. 73 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria).

Del mismo modo, en el ámbito administrativo, las sanciones disciplinarias pueden ser objeto de inscripción en el correspondiente registro de personal, pero una vez que haya transcurrido el plazo en el que la sanción impuesta hubiera prescrito, debe cancelarse la correspondiente anotación, de modo que la existencia de un sanción anterior, pero ya cancelada, no puede ser tenida en cuenta a los efectos de apreciar la circunstancia de reincidencia (por ejemplo, arts. 12.b) y 16 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía).

Estas previsiones normativas pueden considerarse como una garantía objetiva del derecho al olvido de las personas frente al ejercicio del poder público en su manifestación más intensa, como es el *ius puniendi*. Ahora bien, más allá de esta regulación sectorial, la cuestión es determinar si es posible identificar un derecho subjetivo al olvido exigible tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares.

Entre nosotros, Pere Simón (Simón, 2012) ha defendido el reconocimiento del derecho al olvido como derecho fundamental implícito derivable del artículo 10.1 de la Constitución (CE). A juicio de este autor, el bien jurídico protegido por este derecho excedería de los intereses más específicos protegidos por los derechos a la intimidad, el honor o la protección de datos, recogidos en el artículo 18 CE, y vendría determinado por el libre desarrollo de la personalidad. De este modo, “se protegería a los individuos frente a la difusión de todas las informaciones pasadas que les puedan afectar en el futuro, con indiferencia de si afectan o no a los derechos a su vida privada” (Simón, 2012:121). El objeto del derecho vendría determinado por datos públicos en su día, pero cuya publicidad actual afecta negativamente el interés del individuo en desarrollar su proyecto vital libre de interferencias. Así definido, el alcance del derecho es ciertamente amplio, pues no sería necesario que la información lesionara bienes de mayor densidad valorativa, como la dignidad, el honor o la intimidad.

Una argumentación de este tipo es indudablemente audaz y tiene el mérito de afrontar directamente las dificultades de encaje que presenta el derecho al olvido en el molde de los derechos fundamentales específicos. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el artículo 10.1 CE no constituye un derecho fundamental en sí mismo ni es fuente de nuevos derechos fundamentales tácitos. Este precepto constitucional tiene, primeramente, una función interpretativa a la hora de determinar el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales reconocidos y, también,

cumple la función de dar cobijo a lo que se ha dado en llamar libertades constitucionales (Rey Martínez, 2008:87), esto es, manifestaciones de un *agere licere* que, por la dimensión de la personalidad concernida, presentan algún grado de resistencia constitucional frente a la restricción por parte de los poderes públicos, como, por ejemplo, la libertad de procrear (STC 215/1994, FJ 4) o la libertad de formar uniones de hecho (SSTC 93/2013 144/1990 y 126/1994). Se trata de libertades negativas que exigen de los poderes públicos un deber de abstención, de no interferencia. En cambio, el derecho al olvido exige una conducta activa por parte de sus destinatarios: dejar de dar publicidad o corregir cierta información o dato obsoleto. En este sentido, la tutela que demanda el derecho al olvido frente a las informaciones obsoletas se articula a través de remedios de reintegración del derecho, como la acción inhibitoria, dirigida al cese o limitación de la divulgación de la información obsoleta, o la acción de rectificación, cuando el paso del tiempo haya hecho que una información en su día no objetable devenga en incompleta, equívoca o engañosa.

A la hora de fundar el derecho al olvido, en lugar de optar por configurarlo como derecho autónomo, existen dos alternativas: bien construirlo como proyección de ciertos derechos de la personalidad, en particular, los derechos a la intimidad o a la vida privada, en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y al honor; bien como proyección del derecho a la protección de datos. La primera alternativa ha sido la transitada por la doctrina y la jurisprudencia tanto en España como en varios países de nuestro entorno en relación con los medios tradicionales de comunicación, pero que también puede extenderse a las formas de divulgación en línea de la información. La segunda es la adoptada por distintas autoridades nacionales de protección de datos a la hora de aplicar la normativa en esta materia y la desarrollada por la Comisión Europea a través de la propuesta del Reglamento general de protección de datos.

De este modo, a partir de estos dos grupos de derechos base, los de protección del honor y la intimidad y el de protección de datos, se deriva una tutela concurrente del derecho al olvido en relación con aquellas informaciones o datos que puedan ser subsumibles en el ámbito protegido por cada uno de ellos. Según sea el régimen activado por la persona afectada, la normativa aplicable y las formas de tutela serán distintas, aunque, en sustancia, los remedios los mismos: cesar o limitar la publicidad o corregir la información. Mientras la tutela a partir de los derechos al honor y a la intimidad es un ámbito regido por las normas nacionales (en el caso de España, artículo 18.1 CE y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, básicamente), la protección derivada del derecho a la protección de datos es un espacio sujeto a la armonización de la normativa europea.

Otra diferencia relevante se produce en los instrumentos de tutela: mientras que los derechos al honor y a la intimidad gozan de la tutela dispensada por jueces y tribunales, el derecho a la protección de datos cuenta con un sistema administrativo de protección a través de una agencia independiente.

Finalmente, hay que señalar una diferencia más sustantiva entre unos y otros derechos como vías de protección del derecho al olvido. Para considerar que del derecho a la intimidad o el derecho al honor puede derivarse una protección frente a informaciones obsoletas del pasado, estas deben lesionar los bienes jurídicos protegidos por estos

derechos, lo cual exige una interpretación amplia de su ámbito de protección. En cambio, el derecho a la protección de datos tiene por objeto el tratamiento de todo dato que identifique o permita identificar a una persona, lo cual determina un ámbito de cobertura mucho más amplio. Si tomamos como ejemplo el caso de la información sobre la anorexia sufrida por la gimnasta al que se hacía referencia más arriba, parece clara, *prima facie*, la afectación del derecho a la protección de datos personales, pero resulta menos evidente que resulte concernido el honor o la intimidad de la persona afectada. Para poder afirmar que estos bienes jurídicos pueden también estar en juego es preciso algún tipo de esfuerzo argumentativo.

1.2. El derecho al olvido como proyección de ciertos derechos de la personalidad

A) El ámbito de cobertura del derecho a la intimidad y el factor tiempo

Considerar que del derecho a la intimidad puede derivarse un derecho al olvido puede suscitar, a primera vista, alguna perplejidad. En efecto, el derecho a la intimidad se proyecta sobre “datos íntimos”, y resulta paradójico que un dato que ha sido público pueda, por el paso del tiempo, transmutar su calidad y devenir en privado o íntimo. La paradoja es inevitable, pero asumir, sin más, que derecho al olvido y derecho a la intimidad no pueden tener ninguna relación es prematuro.

El concepto de intimidad no queda circunscrito a aquello que de manera casi instintiva consideramos que debe quedar a salvo de la mirada ajena y fuera del conocimiento de los demás (o al menos fuera del círculo de quienes no nos son más cercanos). Ciertamente, esta noción de lo íntimo se corresponde con una idea social ampliamente compartida, que incluye, por ejemplo, aquellas partes del cuerpo respecto de las que las personas mantienen un sentimiento de pudor o recato (lo que el Tribunal Constitucional denomina intimidad corporal; por ejemplo, STC 37/1989, FJ 7) o los datos o informaciones que por su contenido deben ser considerados como privados, porque, al referirse a los aspectos más básicos de autodeterminación de una persona, su publicidad se considera socialmente inapropiada. Este es el caso, entre otros, de los datos sobre la salud, los sentimientos y emociones o la vida sexual de las personas.

Sin embargo, este sentido objetivo de intimidad no agota los usos posibles del concepto que han tenido relevancia a la hora de interpretar el ámbito de protección del derecho fundamental. Así, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, además del concepto público o social de qué sea íntimo, debe también tomarse en consideración la voluntad de reserva, distanciamiento o secreto del particular en relación con determinados datos, aunque en sí mismos no puedan considerarse socialmente como íntimos. El derecho a la intimidad cubriría también aquellos datos irrelevantes, nimios o intrascendentes, pero reservados y privados porque así lo quiere su titular. Una definición de la intimidad en este sentido puede encontrarse en la STC 134/1999, de acuerdo con la cual “[I]o que el artículo 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos,

decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”.

Si partimos de la idea de reserva como elemento definitorio del ámbito de protección del derecho a la intimidad, la noción de “intimidad en público” no es una contradicción en los términos. A pesar de estar en un lugar público, podemos tener la pretensión legítima de que nuestros actos o nuestra presencia no se divulguen más allá del círculo de personas que tienen acceso directo a nosotros. O que nuestras palabras pronunciadas en un ámbito más o menos reducido no sean objeto de difusión universal. En este sentido, el derecho a la intimidad garantizaría un poder para elegir la audiencia que consideramos adecuada a la esfera de la vida en la que nos movemos, de modo que se produciría una invasión de la intimidad si somos sometidos a una audiencia que no queremos (Gewirtz, 2001:167).

A la hora de precisar los contornos de esa voluntad de reserva que debe ser respetada por los demás, distintas jurisdicciones emplean el denominado test de la expectativa razonable de privacidad (en nuestra jurisprudencia constitucional, por ejemplo, STC 12/2012, FJ 5). Este test está vinculado con el establecimiento de lo que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha definido como “barreras de reserva” (SSTC 99/1994, 156/2001, 72/2007 y 77/2009). Las personas, en sus distintos ámbitos de relación, pueden establecer áreas de separación u ocultamiento frente a los demás con el fin de comportarse de una manera más relajada sin estar sujetos a la observación ajena o a justificar su conducta ante terceros. Esa voluntad de reserva puede expresarse a través del uso de barreras físicas (por ejemplo, un lugar apartado), barreras conductuales (un comportamiento que supone el rechazo de una intromisión, como, por ejemplo, callarse cuando un tercero irrumpe en una conversación privada) o barreras basadas en normas sociales (por ejemplo, asumir que, de acuerdo con las normas que definen las relaciones de amistad, cierta información o imágenes compartidas entre amigos no van a trascender de ese círculo) (Hughes, 2012). Se trata, en todo caso, de supuestos que permiten garantizar una esfera de libre desenvolvimiento del individuo más allá de los espacios típicos en que puede gozar de intimidad, como el domicilio. El empleo de este tipo de barreras genera en el individuo una expectativa razonable de privacidad que conlleva la pretensión de que sea respetada por los terceros.

A partir de las consideraciones anteriores, la pregunta acerca de si el paso del tiempo puede generar en la persona una expectativa razonable de privacidad parece plenamente razonable. El tiempo constituiría, así, una barrera de reserva que permitiría al individuo confiar en que la información personal que una vez fue pública o conocida, pero ha dejado de ser actual y no es objeto de atención pública, se considere como reservada y no como una *res nullius* publicable por cualquiera en cualquier momento, salvo que concurra un interés público en esa difusión. La razonabilidad de esa expectativa parece totalmente plausible, pues resultaría totalmente desproporcionado someter a las personas a la divulgación permanente de datos o informaciones personales publicadas en el pasado.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos se pueden encontrar algunos casos en los que se reconoce que el pasado de una persona puede llegar a formar parte de la intimidad. Un caso de la primera mitad del siglo pasado (*Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 297) ofrece un buen ejemplo. Se trataba del caso de un mujer que había ejercido la prostitución y había sido juzgada y absuelta por un delito de asesinato, y que después había cambiado totalmente su vida, habiéndose trasladado a otra ciudad, formado una familia e integrado

en la comunidad. Su historia, sin embargo, sirvió para elaborar el guion de una película titulada *The Red Kimono*, que se publicitó con la advertencia de que se basaba en hechos reales y en la que se identificaba por su nombre a la protagonista. El Tribunal consideró que el uso del nombre de la mujer junto con la divulgación de los sucesos de su vida constituía una invasión de su privacidad, de modo que aquellos datos, aunque públicos en su día, debían ser considerados como “*private facts*”.

También, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tomado en consideración la interacción entre tiempo y privacidad. En el caso *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee* [109 S.Ct. 1468 (1989)], el Tribunal consideró que el paso del tiempo puede dar lugar a que un documento público, pero “totalmente olvidado”, se considere protegido por el derecho a la privacidad. Para el Tribunal, en esas circunstancias, el interés en mantener la “*practical obscurity*” del documento es siempre elevado y permite aplicar la excepción a la libertad de acceso a la información prevista en la *Freedom of Information Act* con el fin de salvaguardar la privacidad de las personas afectadas (109 S.Ct. 1468, 1485). De esta sentencia resulta interesante el concepto de “oscuridad práctica”, que remite a la idea de que, aunque un dato sea público y, por tanto, deba permitirse algún grado de acceso, puede establecer una limitación a su accesibilidad general con el fin de proteger la privacidad a través de la “oscuridad práctica” del dato.

Un planteamiento similar es el asumido por el TEDH en relación con la comunicación por parte de las autoridades públicas de los antecedentes penales de una persona. En el asunto *M.M c. Reino Unido*, de 13 de noviembre de 2012, el Tribunal afirma que, a pesar de que la información sobre una sanción penal es pública, “su almacenamiento sistemático en archivos centrales implica la posibilidad de que se revele mucho después de los hechos, cuando todos, salvo la persona afectada, los hayan posiblemente olvidado”. Por ello, concluye el Tribunal, “cuando la condena o la medida penal es lejana en el pasado, viene a formar parte de la vida privada de una persona que debe ser respetada” (par. 188).

Los casos expuestos ilustran la función que puede desempeñar el tiempo como barrera de reserva sobre la información pasada que afecta a las personas. Ahora bien, las expectativas de privacidad dependen de las prácticas sociales que validan nuestro interés de mantener cierta reserva, y estas prácticas pueden verse alteradas por los cambios tecnológicos. De este modo, el mundo digital que permite que la información publicada siga siendo accesible indefinidamente puede hacer dudar de que en este nuevo contexto sea posible hablar de una expectativa razonable de reserva. Pero negar que el derecho a la intimidad pueda ofrecer protección frente al mantenimiento de la difusión en línea de hechos pasados u obsoletos que afectan a la vida personal supondría primar lo fáctico (la tecnología) frente a lo normativo (la garantía del libre desenvolvimiento de la persona) en la definición de los derechos. Por ello, nuestro pasado, también nuestro pasado accesible en la red, puede formar parte del ámbito de aquello que no queremos que sea conocido por los demás. El que esa pretensión de reserva merezca, finalmente, protección dependerá de la ponderación con otros derechos e intereses con los que entre en conflicto, por ejemplo, la libertad de expresión e información, como veremos más adelante.

Finalmente, el derecho a la intimidad también puede dar cobertura al derecho al olvido en una hipótesis distinta a la expectativa razonable de privacidad que puede generar el paso del tiempo. Se trata de los supuestos de reiteración o multiplicación de la difusión de

informaciones o datos íntimos que han sido, inicialmente, objeto de una divulgación ilícita.

En la red pueden encontrarse referencias o enlaces a noticias, fotografías o informaciones que en su día fueron consideradas por un tribunal como lesivas de la intimidad. Frente a su reiteración, el derecho a la intimidad ampara la pretensión legítima de que sean olvidadas y retiradas de la esfera pública. En este sentido, es relevante la STC 99/2002, que se pronuncia sobre si la libertad de expresión permite al periodista reiterar y comentar, pasado el tiempo, unas informaciones (en el caso, se trataba de la divulgación de unas fotografías en las que la persona afectada aparecía sentada, en un lugar público, sin ropa interior) que fueron judicialmente declaradas como lesivas del derecho a la intimidad. El hecho de que aquella información fuese pública no privaba del carácter privado o íntimo de los datos revelados en ella. En este sentido, el Tribunal declara, muy significativamente, que “la publicación ilícita de elementos a todas luces incluidos en el ámbito reservado propio de la intimidad no destruye la protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE, es decir, no permite la reiteración de la publicación, que sigue integrando lesión del derecho, manteniendo en la memoria pública el dato e incluso ampliando el campo de personas que llegan a conocerlo” (STC 99/2002, FJ 8). El efecto multiplicador de la publicidad de un dato que nunca debió dejar de ser íntimo da lugar, a partir del derecho a la intimidad, a un “derecho al olvido especialmente cualificado” (Urías, 2011:159).

B) La protección frente al efecto distorsionador del pasado sobre la consideración social de la persona

El pasado puede ser también objeto de protección a través del derecho al honor. Cuando la divulgación de hechos pretéritos afecte la fama, reputación o imagen social de una persona, esta puede apelar a su derecho al honor para oponerse a esa información. En principio, para poder considerar lesionado el derecho al honor, los hechos difundidos deben ser falsos o inveraces, pero también la verdad puede dañar, especialmente si no es una verdad contemporánea sino pretérita. Así, puede considerarse que la publicación actual de una información pasada puede suponer un falseamiento de la imagen actual de una persona al conectarla con hechos lejanos que no se corresponden con la realidad presente. Una información verdadera, pero intempestiva por obsoleta, puede afectar la vida de relación del afectado al situarle bajo una luz falsa que comporte que sea objeto de valoraciones o juicios de otros que le perjudiquen.

En este sentido, resulta interesante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca del alcance de la protección constitucional del derecho general de la personalidad (art. 2.1 Ley Fundamental de Bonn), dentro del cual, junto a otros derechos de la personalidad, se reconoce un derecho a controlar la presentación de uno mismo ante la sociedad (*Recht auf Selbstdarstellung*). Según el Tribunal, este derecho no ampara la pretensión de su titular de presentarse ante el público de acuerdo con la imagen de sí mismo o de una manera favorable, sino que le protege frente a representaciones desfiguradoras o distorsionadoras o que afecten significativamente el desarrollo de la persona (sentencia de 24 de marzo de 1998, BVerfGE 97, 391, 403).

En principio, si se trata de enunciados verdaderos, este derecho deberá ceder ante el de libertad de expresión, pero no siempre: un reportaje verdadero puede lesionar el derecho del afectado si las consecuencias para el libre desarrollo de la persona son graves y la necesidad de protección prevalece sobre el interés en la difusión de la información. Esta necesidad de protección podrá apreciarse si la información ha sido objeto de una difusión amplia y significativa, y si puede comportar para el afectado un efecto de estigmatización que suponga un riesgo de exclusión o aislamiento social. El Tribunal, por tanto, exige una clara cualificación del interés en impedir la difusión de una información verdadera sobre la propia persona. Un ejemplo del grado de afectación del desarrollo de la personalidad que debe alcanzar la información para poder considerarse ilícita lo muestra el siguiente caso: un médico pretendía que un activista contrario al aborto cesara de distribuir panfletos delante de su clínica en los que se afirmaba que en ella se practicaban “abortos ilegales, porque el legislador alemán los permite y no los penaliza”, así como que dejara de referirse a él como médico abortista en su página web. El Tribunal Constitucional alemán consideró que las expresiones controvertidas se situaban en el ámbito de la crítica moral a un determinada práctica médica y que no alcanzaban el nivel de gravedad suficiente como para poner en riesgo el respeto y consideración social del demandante: en definitiva, el mero deseo de no verse confrontado públicamente con su libre decisión de practicar abortos y ser criticado por ello no puede prevalecer frente a la libertad de expresión (BVerfG, 1 BvR 1745/06, de 8 de junio de 2010).

La ilustración más ejemplificativa de la conexión de esta doctrina sobre este “derecho de autopresentación social” y el derecho al olvido es la decisión del Tribunal Constitucional alemán en el conocido caso *Lebach* (sentencia de 5 de junio de 1973, BVerfGE 35,202). El Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la pretensión del recurrente de impedir la emisión de un documental de la televisión pública, ZDF, en el que se reproducían, mediante actores, los hechos en los que fueron asesinados cuatro soldados en unas instalaciones militares. Los sucesos ocurrieron en 1969 y el recurrente fue condenado, en 1970, como cooperador a una pena de seis años. La emisión del reportaje se iba a realizar tres años después del atentado. Para el Tribunal, si bien los medios de comunicación pueden informar sobre hechos de relevancia penal y sobre las personas que han participado en ellos, la protección del derecho a la personalidad impide que estos puedan, más allá de la noticia sobre hechos de actualidad, divulgar informaciones sin límite de tiempo sobre la persona condenada y su esfera privada.

En un caso como aquel, la emisión del documental afectaba de manera grave el libre desarrollo de la personalidad, al producir un efecto de estigmatización equivalente a “imponer una nueva sanción social”. Una vez satisfecho el interés informativo sobre la actualidad, el derecho del afectado a ser dejado en paz gana peso y pone límites al deseo de los medios de mantener la atención pública sobre su persona. En este conflicto, como afirma el Tribunal, la frontera temporal entre reportaje actual lícito y la posterior reiteración ilícita no puede fijarse en meses o años, sino que el criterio decisivo es determinar si la nueva información en comparación con la noticia que se difundió en su día constituye un menoscabo nuevo o adicional. En las circunstancias del caso, el documental constituía una lesión adicional y distinta, porque, habiendo pasado un tiempo desde entonces, estaba en juego el interés del recurrente en reinsertarse en la sociedad tras el cumplimiento de la pena.

La vinculación entre el derecho al olvido y el derecho a la reinserción social de quienes han sido condenados por un delito constituye, tal vez, uno de los supuestos más relevantes de aplicación de este derecho. Es en este tipo de casos en los que entra en juego de manera más evidente la libertad de comenzar de nuevo sin estar atado al pasado. El mantenimiento en la memoria pública del reproche penal del que alguien fue objeto constituye una restricción desproporcionada del libre desarrollo de la personalidad, si no está justificada en un interés público actual.

En la jurisprudencia francesa, se ha mantenido este planteamiento, argumentando que una persona condenada judicialmente tiene un verdadero derecho al olvido, que se desprende del artículo 8 de la Convención de Roma y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que permite a una persona no dedicada a una actividad pública exigir el secreto y la tranquilidad, sin los que el libre desarrollo de la personalidad quedaría obstaculizado (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Namur, de 24 de noviembre de 1997, citada en Bertrand, 1999:43). Como expone otra sentencia francesa, “un suceso público –en el caso, un proceso penal que había tenido lugar hacía 46 años–, por el paso de un tiempo suficientemente largo, puede convertirse, para la persona que ha sido la protagonista, en un hecho privado, sometido al secreto y al olvido: la relación de tal evento en un periódico constituye un atentado a la vida privada” (sentencia de la Corte de Apelación de Versalles, de 14 de septiembre de 1989, citada en Bertrand, 1999:ibid.).

La jurisprudencia de distintos países ha reconocido, por tanto, el derecho al olvido como una proyección del derecho al honor cuando el contenido de los hechos del pasado, aunque verdaderos, puede desmerecer la reputación o distorsionar la imagen social actual de la persona.

En definitiva, intimidad y honor ofrecen vías yuxtapuestas para dar cobertura al interés legítimo de las personas de que su pasado no les persiga y obstaculice su vida actual.

1.3. El derecho al olvido como proyección del derecho a la protección de datos

A) La proyección digital del derecho de protección de datos personales y el reconocimiento del derecho al olvido

El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental reconocido tanto en nuestra Constitución (art. 18.4) como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 8), cuyo contenido, de acuerdo con la importante sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (STC 292/2000, FJ 7). Se reconoce así a toda persona un poder de control sobre todo tipo de dato que la identifique o permita su identificación y que sea objeto de recogida, almacenamiento o tratamiento por un tercero.

El primer punto de partida para poder derivar un derecho al olvido digital del de protección de datos es la proyección de este último a Internet, esto es, considerar que cualquier publicación de datos accesibles en la red constituye un tratamiento de datos personales que debe someterse a la normativa específica de protección. Así lo afirmó la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Lindqvist* (sentencia de 6 de noviembre de 2003, C-101/01), para la que “la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios [...] constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales”. De este modo, al establecerse que el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE de protección de datos también se proyectaba sobre la actividad de Internet, toda norma nacional de transposición debía interpretarse de conformidad con la norma europea y, por tanto, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición reconocidos en ella podían oponerse a la publicación de datos personales en línea, en cualquiera de sus formas (webs, blogs, etc.).

El segundo punto de anclaje es que el factor tiempo tiene una incidencia evidente sobre los datos que son objeto de tratamiento por un tercero, en la medida en que su paso puede hacer que el tratamiento de datos obsoletos resulte inadecuado, impertinente o excesivo, dando lugar a que el titular pueda ejercer su derecho de cancelación, oposición o rectificación.

De este modo, los derechos de cancelación y oposición proyectados sobre Internet permiten proteger el interés de las personas a obtener el olvido digital de datos pasados que les pueden perjudicar. Así lo han venido reconociendo diferentes autoridades nacionales de protección de datos en Europa.

En Francia, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) se ha mostrado favorable al ejercicio de estos derechos frente al mantenimiento de información pasada con el fin de garantizar el “derecho a cambiar de opinión, de religión, de opiniones políticas, la posibilidad de cometer errores de juventud, en fin, de cambiar de vida” (CNIL, 2010:29), y en su último informe de actividades ha puesto de manifiesto la importante demanda social en torno a la efectividad real de un derecho al olvido digital (CNIL, 2013:89). En línea con esta preocupación expresada por este organismo, el Gobierno impulsó en septiembre de 2010 la elaboración de una normativa de autorregulación bajo el nombre de *Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche*ⁱⁱⁱ, firmada por algunas organizaciones sociales y empresas tecnológicas, como Microsoft, aunque con ausencia relevantes, como Google o Facebook.

También en Italia, la autoridad nacional correspondiente, el *Garante per la Protezione dei Dati Personali*, ha venido acogiendo favorablemente las peticiones de personas afectadas por la divulgación actual de noticias pasadas, cuyo contenido ya no se correspondía con la realidad, a partir del argumento de que la “perenne asociación” de la persona con aquellos sucesos pasados constituye un sacrificio desproporcionado de su derecho a la protección de datos (así, por ejemplo, la resolución de 11 de diciembre de 2008, o las más recientes de 24 de enero y de 24 de julio de 2013).

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha desarrollado una práctica especialmente relevante en relación con la protección de los derechos de cancelación y oposición como instrumentos de garantía del derecho al olvido. En la memoria de actividades de 2011, la Agencia señalaba que una de las cuestiones más importantes del debate actual sobre la privacidad en la red es el relacionado con el derecho al olvido, que los particulares pueden ejercer a través de los derechos que les reconoce la Ley Orgánica Protección de Datos (LOPD): “sea el derecho a cancelar sus datos personales cuando han sido publicados sin su consentimiento y sin cobertura legal, o bien el derecho de oponerse a que, aun cuando su publicación fuere legal, sean objeto de tratamientos posteriores que comportan una multiplicación de esa publicidad, como sucede con los buscadores” (AEPD, 2012:44).

A través del procedimiento de tutela de derechos (arts. 117-119 Reglamento de la LOPD), mediante el cual la Agencia resuelve las reclamaciones presentadas por los particulares frente a las vulneraciones de sus derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), se ha resuelto un número creciente de reclamaciones relacionadas con el derecho al olvido: de las tres solicitudes presentadas en 2007 a las 181 en 2012 (AEPD, 2013:26). La Agencia ha manifestado una especial conciencia del problema que constituye la permanencia de la información en Internet para el goce pacífico de los derechos de las personas, que puede verse perturbado por la accesibilidad a datos o informaciones desfasadas que les perjudiquen. En la Resolución TD/266/2007 se contiene un párrafo muy expresivo, reiterado frecuentemente en resoluciones posteriores, que condensa los argumentos a favor de reconocer a los particulares mecanismos de protección frente a la perennidad de la información en la red. En él se afirma lo siguiente:

“[...] cabe proclamar que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet. Si requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación inconsentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito), no es menos cierto que resulta palmariamente legítimo que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar 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.”

La AEPD mantiene la tesis de que el derecho al olvido puede ejercerse tanto frente a quien divulga o mantiene en la red datos personales obsoletos como frente a los motores de búsqueda que indexan las páginas originales y muestran los enlaces a ellas en su página de resultados. En el primer caso, se ejerce el derecho de cancelación, que comporta el

bloqueo de los datos y, por tanto, que estos no resulten accesibles para los terceros. En el segundo supuesto, entra en juego el derecho de oposición al tratamiento de datos, exigiendo del buscador que desindexe la página o páginas que muestran los datos obsoletos. En estos casos, el derecho al olvido se protege a través de la oscuridad práctica de los datos en la medida en que dejan de ser fácilmente accesibles a través de los motores de búsqueda. Esta posición de la Agencia no ha sido pacífica y ha dado lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de la Audiencia Nacional para determinar si es conforme a la Directiva de protección de datos. La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12, *Google Spain*) ha acogido la interpretación sostenida por la AEPD, de modo que la solución española se ha elevado a regla europea.

Con todo, más allá de la determinación de los sujetos obligados por el derecho al olvido, la doctrina de la AEPD ha buscado un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y la tutela del derecho al olvido al rechazar claramente un tipo de control preventivo, como sería obligar a los operadores a filtrar los datos que resulten inadecuados o impertinentes por el coste que supondría para la libre circulación de la información. Por el contrario, el remedio adecuado para proteger el derecho al olvido es el control *ex post*, promovido por el afectado, consistente en la cesación de la difusión de esos datos. Un mecanismo de tutela *ex post* comporta que el derecho al olvido pueda ser infrutilizado por varias razones, por evitar lo que se ha dado en llamar efecto Streisand^{iv}, esto es, un aumento no deseado de la publicidad del dato cuya difusión se pretende hacer cesar, o por el olvido del propio derecho al olvido, si se desconoce que sus datos están siendo objeto de difusión en la red. Pero este coste de infraprotección del derecho es, sin duda, mucho menor que el que supondría someter la divulgación de datos personales a través de la red a un sistema de control preventivo.

B) La propuesta de Reglamento general de protección de datos

En este repaso por la configuración del derecho al olvido como proyección del derecho a la protección de datos, merece una especial consideración la propuesta de Reglamento general de protección de datos presentada por la Comisión Europea. El texto recoge expresamente una regulación del derecho al olvido en su artículo 17. La opción de establecer el marco normativo de ejercicio de este derecho se justifica en los considerandos de la propuesta legislativa en los siguientes términos:

“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” (propuesta de Reglamento general de protección de datos, Considerando 53).

De acuerdo con ese planteamiento, el artículo 17 de la propuesta de Reglamento establece que el interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento, esto es, quien mantiene y divulga los datos, los suprima y se abstenga de darles más difusión cuando se dé alguna de las cuatro circunstancias siguientes: a) los datos no son necesarios para los fines que justificaron su recogida o tratamiento; b) el interesado ha revocado su consentimiento o ha expirado el plazo de conservación autorizado, y no existe otro fundamento jurídico para mantener los datos; c) el interesado se opone al tratamiento “por motivos relacionados con su situación particular”; y d) el tratamiento de datos es contrario a lo dispuesto en el Reglamento (art. 17.1). Sustancialmente, esta regulación no constituye un avance significativo respecto de la regulación vigente de los derechos de cancelación y oposición, pues se prevé algo que ya es posible ahora.

El valor añadido del precepto radica en abordar el problema de cómo hacer frente a la publicidad que han dado terceros a los datos tratados inicialmente por el responsable del tratamiento. La opción de la propuesta de Reglamento es imponer a quien ha recabado y tratado los datos la obligación de tomar las medidas razonables para solicitar a los terceros a los que se hayan comunicado que supriman cualquier enlace a esos datos personales (art. 17.2). Esta previsión parece considerar que el sujeto directamente obligado por el derecho al olvido es quien ha tratado y hecho públicos en la red los datos personales que el afectado quiere suprimir. Las otras páginas o servicios que multiplican la publicidad de esos datos al mantener copias o enlaces a ellos no serían los destinatarios del derecho de manera autónoma, sino que estarían obligados a suprimir esas copias o enlaces, si la fuente primera de la divulgación los ha bloqueado previamente. Dicho de otro modo, el interesado debería dirigirse a la página web (por ejemplo, la versión digital de un periódico o un blog) que publicó inicialmente sus datos, pero no podría hacerlo contra los motores de búsquedas que mantienen el enlace a la información o las otras páginas web que se refieran a ella.

Esta limitación del ámbito subjetivo de los obligados por el derecho al olvido parece ser la voluntad de la propuesta legislativa de la Comisión (Troncoso, 2012:4 y ss.). Sin embargo, el texto aprobado por el Parlamento Europeo el pasado 12 de marzo de 2014 refuerza la protección del derecho al olvido, al incorporar a su contenido el derecho a obtener de los terceros el borrado de los enlaces, copias o réplica de los datos. De este modo, la posición aprobada por el Parlamento vendría a situarse en la línea de lo defendido hasta ahora por la AEPD, y tras la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Google Spain*, la opción legislativa cuenta con un sólido fundamento.

La propuesta de Reglamento establece los límites a los que debe sujetarse el derecho al olvido, al prever que este deberá ceder si la conservación de los datos personales es

necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión, por motivos de interés público en el ámbito de la salud, con fines de investigación histórica, estadística y científica, o se prevé en una disposición legal.

De entre estos límites, el derivado del respeto al derecho de libertad de expresión merece una especial consideración, pues el contexto de los medios de comunicación y, en particular, las denominadas hemerotecas digitales, constituye uno de los ámbitos de ejercicio del derecho al olvido particularmente problemáticos. El artículo 80 de la propuesta de Reglamento dispone que corresponde a cada Estado establecer los límites al derecho de protección de datos en relación con “el tratamiento de datos personales efectuado exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística” (art. 80.1). La excepción prevista en favor de la libertad de expresión e información reproduce la formulación vigente del artículo 9 de la Directiva 95/46, que ha sido considerada por el Tribunal de Justicia como excesivamente restrictiva y que debe interpretarse de forma amplia, de modo que la expresión “exclusivamente con fines periodísticos” no puede limitarse a las informaciones divulgadas a través de los medios de comunicación tradicionales, sino que debe incluir toda actividad que se ejerza “exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas” (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, C-73/08, *Satamedia Oy*). A la vista de esta jurisprudencia, resulta extraño que la propuesta de la Comisión haya mantenido la redacción de la excepción a favor de la libertad de expresión en los términos tan restrictivos de la Directiva de 1995 y no se haya optado por incorporar la interpretación más amplia defendida por el Tribunal de Justicia. Con todo, la posición del Parlamento Europeo respecto del artículo 80 de la propuesta parece más sensible a un reconocimiento más amplio de la libertad de expresión, al prever que los Estados miembros pueden establecer excepciones, entre otras materias, a los derechos de los titulares de los datos “cuando sea necesario para conciliar el derecho de protección de datos personales con las reglas que rigen la libertad de expresión de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Esta mención a la Carta en el texto aprobado por el Parlamento Europeo, ausente, en cambio, en la redacción del artículo 80 de la propuesta de la Comisión, es especialmente significativa. En efecto, el texto propuesto por el Parlamento deja claro que los Estados, a la hora de establecer excepciones a la normativa de protección de datos en garantía de la libertad de expresión, entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, están sujetos a la Carta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.1 de esta. La posibilidad de que el contenido final del derecho a la protección de datos regulado en el Reglamento varíe en función de las ponderaciones que realice el legislador nacional supone, ciertamente, un riesgo para lograr la armonización normativa en esta materia. Pero, a la hora de establecer las excepciones a la normativa con el fin de proteger la libertad de expresión, los Estados no son enteramente libres, pues, al estar vinculados a la Carta, deben respetar su contenido de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia. En dos importantes sentencias de la Gran Sala del Tribunal (sentencia de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, y sentencia de 26 de febrero, C-399/11, *Melloni*) se ha establecido el grado de vinculación a los derechos fundamentales de la Carta que es exigible a los Estados, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, cuando actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión (un excelente análisis al respecto en Sarmiento, 2013).

De acuerdo con la doctrina fijada en ellas, cabe distinguir dos situaciones respecto de las que el grado de vinculación será más o menos intenso. La primera situación se da cuando la normativa europea determina completamente el ámbito de actuación de los Estados miembros, de modo que estos no tienen margen de libertad para introducir ningún tipo de variación. En esta situación, la actividad de los Estados está plenamente sujeta a los derechos de la Carta, que desplazan a los derechos fundamentales nacionales, que no pueden ser invocados para apartarse de lo establecido por la norma europea correspondiente. Esta es la hipótesis decidida en el caso *Melloni*, donde el Tribunal afirma que un Estado no puede invocar el derecho a un proceso justo reconocido en su constitución nacional para rechazar la ejecución de una orden de detención europea, más allá de los supuestos taxativamente contemplados en los que sí se permite por la normativa (*Melloni*, par. 40 y 61). Si la norma europea respeta el derecho al proceso justo reconocido por la Carta, los Estados no pueden oponer un estándar más alto de protección, porque eso supondría minar la primacía del Derecho europeo (*Melloni*, par. 58 y 59).

La segunda situación es aquella en la que la norma europea no determina completamente la actuación de los Estados, gozando estos de un ámbito de libertad a la hora de dar cumplimiento al mandato normativo comunitario. De acuerdo con la sentencia *Akerberg Fransson*, “en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión” (par. 29). De este modo, la adopción de un estándar nacional de protección de derechos fundamentales está sujeto a dos límites: cuando ese estándar suponga comprometer la primacía y uniformidad del Derecho europeo, y cuando, en el ámbito de que se trate, la Carta establezca un nivel de protección más alto, con la consecuencia de que ese estándar europeo más alto de protección desplazaría al nacional.

De las dos situaciones, el artículo 80 de la propuesta de Reglamento se sitúa en la segunda: deja libertad a los Estados para establecer la ponderación que consideren razonable entre el derecho a la protección de datos y la libertad de expresión e información garantizada por las respectivas constituciones nacionales. Pero esa ponderación está sujeta al control del Tribunal de Justicia, de modo que si el resultado o equilibrio entre ambos derechos formulado por el legislador nacional está por debajo del nivel óptimo de protección para ambos que se deriva de la Carta, habrá de aplicarse el estándar europeo frente al nacional.

En definitiva, el derecho al olvido regulado por la propuesta de Reglamento está limitado por el debido respeto a la libertad de expresión e información, y cada Estado, de acuerdo con su propia cultura de derechos, establecerá el contenido final de este derecho, pero el nivel de protección no podrá ser inferior al que se derive de la Carta en la interpretación del Tribunal de Justicia.

1.4. Las críticas al derecho al olvido

El derecho al olvido, tanto como proyección de ciertos derechos de la personalidad como resultado del ejercicio de los derechos de cancelación y oposición previstos en la normativa de protección de datos, ha sido objeto de numerosas críticas.

El principal argumento en contra del reconocimiento del derecho al olvido es que supondría hacer posible borrar o reescribir la historia. Implicaría otorgar a las personas la facultad de alterar la objetividad de lo ocurrido, modificando su contenido o imposibilitando a los demás el acceso a esa información. Este tipo de consideraciones resultan demasiado absolutas y poco matizadas, pero ponen de relieve una línea argumental claramente favorable a la preeminencia de la transparencia y a la máxima apertura del foro público para todo tipo de informaciones.

La organización Reporteros sin Fronteras, en su *Internet Enemies Report* de 2012, señala que “un “derecho al olvido” generalizado, consagrado en la ley, sería difícil de conciliar con la libertad de expresión e información en línea” (Reporters without Frontiers, 2012:6). Esta posición es la defendida, generalmente, por aquellos autores familiarizados con la cultura jurídica anglosajona, que presta una protección especialmente robusta a la libertad de expresión (Rosen, 2010). En esta misma línea, entre nosotros, Salvador Coderch ha afirmado que “la censura retroactiva de los medios de información es la cara oscura del pretendido derecho al olvido. Su consagración legal produciría efectos perversos e imprevistos por muchos de sus proponentes. Realimentaría nuestros prejuicios, perpetuándolos, en lugar de permitirnos encararlos y superarlos con humanidad. Reforzaría a las élites del poder, las cuales podrían seguir accediendo a los archivos en su soporte originario, y se agrandaría la brecha entre poderosos y desahogados” (Salvador Coderch, 2011).

Los críticos ponen de manifiesto que las relaciones sociales se basan en la información que tenemos unos de otros, y el capital moral con que cuenta cada persona depende, en parte, del grado de confianza que inspire el historial de sus logros. Por ello, un derecho al olvido constituiría un obstáculo al funcionamiento de los canales de información que necesitan los ciudadanos para desarrollar con responsabilidad y autonomía sus actividades. Por otro lado, imponer el silencio sobre ciertos datos o hechos del pasado cuya publicidad creemos que nos perjudica tiene un efecto perverso, porque el secreto contribuiría, precisamente, a reforzar los prejuicios irracionales frente a los que pretendemos protegernos (Wasserstrom, 1984).

Una argumentación de este tipo apela a la necesidad de un cambio cultural como consecuencia del cambio tecnológico. Ante el desafío que supone un mundo en el que la información en la red no se olvida, “debemos aprender nuevas formas de empatía, nuevas vías de definirnos a nosotros mismos sin referencia a lo que otros dicen sobre nosotros y nuevas vías de perdonarnos por las huellas digitales que nos perseguirán siempre” (Rosen, 2010). Ahora bien, hasta alcanzar ese nuevo modo de articular las relaciones sociales a partir del conocimiento de nuestras vidas digitales -y cuya consecución es dudoso que sea deseable (Han, 2013)-, por el camino es seguro que muchos se verán perjudicados si no pueden tener algún tipo de control sobre esa trazabilidad de sus rastros en línea.

El precio de la transparencia para combatir los prejuicios puede ser demasiado alto. Un ejemplo ilustrativo del coste que comporta combatir los prejuicios a costa de la difusión de datos personales es un famoso caso norteamericano protagonizado por un hombre llamado Oliver Sipple. Sipple fue la persona que impidió que una mujer disparara contra el presidente Gerald Ford en San Francisco, en 1975. Un periódico publicó un relato del suceso en el que se divulgaba la condición homosexual de Sipple. Aunque él era un conocido activista a favor de los derechos de los homosexuales en la ciudad de San Francisco, su condición sexual nunca la había desvelado a su familia. Tras la publicación, sus relaciones familiares se rompieron y entró en una situación depresiva que le condujo, al cabo de unos años, a suicidarse. La información se consideró que tenía interés público porque “las publicaciones no estaban motivadas por un fisgoneo morboso y sensacionalista en la vida privada del demandante, sino más bien estaban impulsadas por consideraciones políticas legítimas, esto es, disipar la opinión pública falsa de que los gays eran figuras tímidas, débiles y poco heroicas” (*Sipple v. Chronicle Publishing Co.* 201 Cal. Rptr. 665, 670). El Tribunal apuntaba así a la utilidad social de la divulgación a fin de superar ciertos prejuicios sociales hacia determinados grupos. Pero parece más razonable que esa publicidad sea a iniciativa de los afectados y no forzada, de modo que se reconozca un derecho sobre el control del grado de difusión que puede tener cierta información personal.

En el escrito de conclusiones del abogado general Nillo Jääskinen presentado con motivo de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, se sostiene una clara tesis negativa al reconocimiento del derecho al olvido construida a partir de los argumentos anteriores.

Una de las preguntas que formulaba la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia es la siguiente: “¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de datos [regulados en el art. 12.b)] y el de oposición [regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46/CE] incluyen la posibilidad de que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?” (auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de febrero de 2012).

La respuesta ofrecida por el abogado general es contundente. Por un lado, afirma que “la Directiva no establece un derecho general al olvido, en el sentido de que un interesado esté facultado para restringir o poner fin a la difusión de datos personales que considera lesivos o contrarios a sus intereses” (par. 108). Y, por otro lado, sostiene que ese derecho tampoco puede derivarse del artículo 7 de la Carta, que protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar, a partir de la consideración de que la libertad de expresión e información protege el derecho a buscar información relacionada con otras personas disponible en Internet y “ese derecho a la información de un usuario de Internet se vería comprometido si su búsqueda de información relativa a una persona física no generara resultados que ofrezcan un reflejo veraz de las páginas web relevantes, sino una versión “bowdlerizada”^v de las mismas” (par. 131).

Para el abogado general, por tanto, el derecho al libre acceso a la información disponible en la red debe prevalecer en todo caso, de modo que no queda espacio para un derecho contrapuesto que ponga límites a la accesibilidad de determinada información. Una posición tan maximalista no se corresponde con la tradición constitucional de los Estados miembros en los que se ha venido reconociendo jurisprudencialmente la existencia de un derecho al olvido en determinados contextos en los que la difusión de la información pasada supone una afectación significativa del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el abogado general parece partir de una noción del derecho al olvido un tanto parva de contenido, al equipararlo con una mera preferencia subjetiva (par. 108). Pero el derecho al olvido no es una cuestión de gustos personales o de puro capricho. Ciertamente, no es función del Derecho proteger las diferentes sensibilidades de cada uno, sino garantizar bienes jurídicos relevantes para la convivencia social. En este sentido, la protección del interés del individuo a no estar permanentemente vinculado a informaciones sobre su pasado está vinculada con el respeto del libre desarrollo de la personalidad y con bienes sustantivos, como la intimidad o el honor.

Los intereses subyacentes en el derecho al olvido también son dignos de protección y deben equilibrarse con los protegidos por la libertad de información (Rodríguez Álvarez, 2012). Las soluciones equilibradas pasan por determinar los ámbitos en los que el derecho al olvido puede ejercerse legítimamente y establecer qué tipo de remedios son los más adecuados para preservar en la mayor medida posible los derechos contrapuestos: frente a la cancelación, que supone el bloqueo de los datos e incurriría en el riesgo denunciado por los críticos de borrar la historia, pueden articularse soluciones alternativas, como demuestra la práctica en algunos europeos en relación con las reclamaciones frente a los medios de comunicación por informaciones pasadas, tal como se expondrá a continuación.

2. El derecho al olvido y los medios de comunicación

El conflicto entre el derecho al olvido y el ejercicio de la libertad de expresión e información por los medios de comunicación puede darse en dos hipótesis principales: la publicación actual de una información pasada y el mantenimiento de noticias publicadas en los archivos digitales del medio de comunicación accesibles en línea. El primer grupo de casos puede resolverse a partir de los criterios consolidados sobre los conflictos entre los derechos de la personalidad y las libertades comunicativas. El segundo, en cambio, presenta algunas peculiaridades que precisan una adaptación de los criterios generales de ponderación.

2.1. Publicación actual de informaciones o hechos del pasado

La libertad de información prevalece en caso de conflicto con los derechos de la personalidad cuando tiene por objeto la transmisión de hechos que tengan trascendencia pública, esto es, “noticiables”. Como afirma el Tribunal Constitucional: “en relación con hechos de la vida social, el elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho del que se informa, por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que esta se ve involucrada, ya que es dicho elemento el que la convierte en noticia de interés general, con la consecuencia de que, en tal caso, el ejercicio del derecho a comunicar libremente información gozará de un carácter preferente sobre otros derechos” (STC 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 3). De este modo, la publicación de hechos del pasado será merecedora de protección si está cubierta por un interés público actual que justifique que la información sea objeto de atención pública.

A) El pasado de los personajes públicos

No parece dudoso que cuando la información se refiere al pasado de un personaje público, tanto si fue publicada en su día pero ha caído en el olvido, como si solo era conocida por algunos, pero no por la generalidad, su publicación será, en principio, lícita. La categoría de los personajes públicos incluye a aquellas personas que ejercen poder público y respecto de las que la colectividad tiene el interés legítimo en controlar cómo y por quién se ejerce ese poder. Si el pasado es relevante para esa evaluación, su conocimiento está plenamente justificado. Como ha afirmado el politólogo John Thompson (Thompson, 2001:158), en las sociedades democráticas contemporáneas, la política de ideas ha dado paso a la política de la confianza, de modo que lo que se ofrece al electorado es, hoy, una persona en la que poder confiar. Los candidatos apelan a sus cualidades y probidad personal para ganar el apoyo del electorado: la personalidad ha desplazado a la ideología como garantía del cumplimiento del compromiso electoral. Esta nueva forma de hacer política, por un lado, supone la asunción del riesgo de que su conducta sea sometida a un

estándar más alto de exigencia y, por otro, genera un claro incentivo para someter a escrutinio la vida personal de los políticos, presente y pasada. El hecho de que la persona haya dejado la esfera de la cosa pública no determina que deje de ser personaje público. Volver a informar sobre acciones pasadas tiene el interés de poder evaluar retrospectivamente la ejecutoria de un cargo público y poder así extraer conclusiones sobre la corrección de la gestión pública. Dicho de otro modo, no cabe pretender el olvido sobre todo lo que concierne al ejercicio del poder público. Como reza la máxima norteamericana, “*public men are public property*”.

B) Los personajes de notoriedad pública y su actividad pasada

Una conclusión parecida, aunque más limitada en cuanto a su alcance, puede realizarse en relación con los personajes de notoriedad pública. Se incluyen en esta categoría aquellas personas que por la posición profesional que ostentan participan de algún modo en los asuntos públicos (banqueros, empresarios) y aquellas otras cuya única notoriedad radica en que por su profesión se exponen ante el público (actores, cantantes, etc.). Quienes optan por ejercer una profesión de proyección pública aceptan voluntariamente la reducción de la zona de reserva en todo lo relativo y vinculado a su actividad profesional, si bien “más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado, y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad” (STC 115/2000, FJ 9). Por tanto, todo lo relacionado con la profesión por la que la persona es conocida tendrá interés público, tanto si se refiere a sucesos pasados como actuales. Ahora bien, ¿es lícito divulgar de nuevo, por ejemplo, un supuesto de mala práctica profesional referido a alguien que ya no ejerce esa profesión?; ¿puede el afectado, en cambio, pretender que la reiteración de esa información no perjudique su vida de relación, alejada ya de toda ocupación profesional? La solución de un supuesto así dependerá de la valoración de las concretas circunstancias que puedan revelar algún tipo de gravedad significativa de la afectación de la esfera personal del afectado. De lo contrario, el recuerdo de algo vinculado con la práctica profesional, aunque moleste e incluso inquiete, debe ser tolerado.

C) Las personas involucradas en hechos públicos del pasado

La información sobre asuntos de interés público puede legitimar la afectación de las personas privadas cuando estas participen en ellos. Este tipo de supuestos son definidos en el *common law* norteamericano como “*involuntary public figure*”. Se trataría de personajes de relevancia pública accidental que devienen protagonistas de un suceso o acontecimiento público. El supuesto más común en el que entra en juego este tipo de categoría es el de las informaciones sobre hechos de relevancia penal. El Tribunal Constitucional ha afirmado que los sucesos delictivos son noticiables por su propia naturaleza, con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4). En general, reviste interés público la información tanto sobre los resultados de las investigaciones policiales, el desarrollo del proceso y el contenido de la sentencia, como sobre todos aquellos datos no directamente vinculados con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado “que permiten una mejor

comprensión de su perfil humano o, más sencillamente, de su contexto vital” de la persona que participa en el hecho delictivo (STC 154/1999).

Ahora bien, a la hora de publicar una información potencialmente lesiva de los derechos de la personalidad de particulares involucrados en asuntos de relevancia pública, al medio le corresponde cumplir un específico deber de cuidado consistente en valorar si el contenido de lo divulgado queda justificado por la concurrencia de un interés público. Se debe examinar si la trascendencia pública de los hechos exige el relato de todos los extremos de la noticia, o si, por el contrario, algunos pueden ser excesivos, por innecesarios. En este sentido, en relación con informaciones sobre asuntos penales, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “el interés público de la información relativa a los sucesos de trascendencia penal en ningún caso puede exonerar al informador de un atento examen sobre la relevancia pública y la veracidad del contenido de cada una de la noticias que esa información general encierra y que se refiere a personas determinadas” (STC 121/2002, FJ 4). Así, en línea de principio, la identificación completa de la persona relacionada con un delito puede resultar excesiva si no concurre un interés público específico que justifique la necesidad de conocer la identidad, de modo que el uso de las iniciales puede bastar para satisfacer la finalidad informativa.

En relación con esos sucesos de relevancia penal, el afectado puede pretender legítimamente un derecho al olvido frente a la nueva publicación de aquella información si no concurre un interés público actual que la legitime. Como pone de manifiesto la jurisprudencia alemana y francesa citada en el apartado anterior, ese derecho viene cualificado por un interés del sujeto en no ver obstaculizada su reinserción (si finalmente fue condenado) o por no ser objeto de aprensiones o prejuicios sobre su persona (si, habiendo sido objeto de la investigación y/o el proceso penal, finalmente no fue condenado).

Un buen ejemplo de análisis de la concurrencia del interés público que puede justificar la divulgación actual de una información pasada lo representa la STC 52/2002, de 25 de febrero. En ella se discutía si la información periodística que revelaba los antecedentes penales de una persona que había sido investigada policialmente en relación con un homicidio lesionaba el derecho al honor o estaba amparada por la libertad de información. El Tribunal realiza un cuidadoso examen de la relevancia pública que puede amparar la revelación de los antecedentes penales del afectado; en este sentido, afirma que:

“[...] en este particular contexto informativo dedicado al demandante en el proceso *a quo*, en el que se descarta su participación en los hechos delictivos investigados, la divulgación referida a sus antecedentes penales por una violación acaecida hace 12 años y por la imposición temporalmente indeterminada de una pena de arresto menor resulta, en el momento de elaborarse la noticia, enteramente ajena y absolutamente irrelevante al contenido del mensaje que se quiso transmitir a la opinión pública. Lo narrado sobre dichos antecedentes penales nada tiene que ver con los sucesos en los que pudo verse implicado o afectado don G. en una fase inicial de las investigaciones policiales, y su conexión con los mismos deviene puramente irrelevante, máxime si se tiene en cuenta la honda afectación que la divulgación de tales datos habría de suponer para el honor y la consideración social de la persona afectada” (FJ 8).

De la sentencia se deduce que para justificar la divulgación de una información pasada que afecta al derecho al olvido de la persona debe establecerse una conexión de sentido entre esa información y el contenido actual de la información que pretende divulgarse.

D) El pasado de las personas fallecidas

El grado de protección de las personas fallecidas en relación con la difusión de informaciones sobre su persona varía según el derecho de que se trate. Mientras el derecho a la intimidad cesa con la muerte de la persona, si bien la revelación de determinados hechos de la vida personal de esta puede ser objeto de protección a través del derecho a la intimidad familiar (STC 231/1988), la protección del honor no se extingue con el fallecimiento, sino que tiene eficacia *post mortem* (STC 190/1996). Ahora bien, como afirma el Tribunal Constitucional, “la distancia en el tiempo diluye la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del artículo 20 CE. La investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública”, sobre los derechos de tales personas o sus familias (STC 43/2004, FJ 5). De este modo, la nueva publicación de información sobre una condena o sobre la participación en un delito de una persona fallecida estaría protegida no tanto por la libertad de información como por la libertad de investigación histórica [art. 20.1.b) CE], de modo que no sería preciso verificar la existencia de un interés público actual que justifique esa publicación, como determinar que, en efecto, se trata de hechos históricos cuyo conocimiento posibilita que “los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas” (STC 43/2004).

En este sentido, cabe recordar la STS 30 de diciembre de 1989, que consideró lícita la emisión de un programa de televisión titulado “La huella del crimen”, que trataba el proceso de la última mujer condenada a la pena de muerte por garrote vil. Según el Tribunal Supremo: “la historia de un proceso penal, público, basada en una sentencia difundida en su día por todos los medios de comunicación y cuyo contenido tiene hoy una trascendencia histórico-social, un conocimiento colectivo, que escapa y desborda el concepto de lo privado o particular para llegar a formar parte del recuerdo histórico e hito temporal”.

2.2. El mantenimiento de noticias pasadas en los archivos digitales de los medios de comunicación

El volcado de los archivos de los medios de comunicación en la red ha alterado por completo la idea tradicional de hemeroteca. Lo que antes era de acceso difícil y limitado a unos pocos con un interés especial en revisar las noticias del pasado, hoy es de acceso universal, especialmente si el formato digital de la información es susceptible de ser indexado y, por tanto, encontrado por los motores de búsqueda. En este contexto, parece claro que acceder a través de la red a una información pasada que afecta a una persona no es una nueva difusión o publicación de aquella, porque no hay una decisión editorial de comunicar al público de nuevo esos hechos. Por eso, al tratar el problema que generan las hemerotecas digitales en relación con el derecho al olvido no se pueden trasladar

automáticamente los criterios de resolución del conflicto entre la libertad de información y los derechos de la personalidad. El fundamental requisito del interés público de la información no puede jugar del mismo modo respecto de publicaciones actuales que en relación con los archivos de noticias. La función que cumple la prensa cuando informa sobre sucesos actuales y cuando ofrece al público sus hemerotecas es distinta y debe tratarse de modo diferente.

A) Los límites de la libertad de información en línea en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha ido estableciendo en los últimos años algunos criterios para abordar los retos que representa el mantenimiento perenne de la información en línea. El punto de partida de esta jurisprudencia es la afirmación de que Internet es una herramienta de información y comunicación distinta de los medios impresos por su capacidad de almacenar y transmitir información. La potencialidad de que una información sea accesible a millones de usuarios de la red constituye una diferencia radical con los medios de comunicación tradicionales. Este hecho, a juicio del Tribunal, hace que Internet represente una amenaza más intensa para los derechos de la personalidad: “El riesgo de daño que representa el contenido y comunicaciones en Internet para el ejercicio y goce de los derechos humanos, de las libertades fundamentales, en particular el derecho al respeto de la vida privada, es, sin duda, mayor que el que supone la prensa” (*Consejo editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania*, de 5 de mayo de 2011, par. 63; *Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia*, de 16 de julio de 2013, par. 58).

El TEDH mantiene una aproximación cautelosa ante el fenómeno de Internet y los riesgos que puede entrañar, como demuestra la reciente e importante sentencia en el asunto *Delfi AS c. Estonia*, de 10 de octubre de 2013, dictada por la Sección primera del Tribunal (si bien todavía no es firme, al haber sido remitida ante la Gran Sala). La sentencia resuelve un caso en el que un portal de noticias fue condenado por los tribunales nacionales a una reparación civil por los comentarios difamatorios que los usuarios habían publicado al hilo de una información divulgada por el portal. Para el Tribunal, el hecho de que la difamación se produjera en un contexto digital constituye un elemento decisivo para calibrar el grado de responsabilidad exigible al portal. En este sentido afirma:

“La difusión de Internet y la posibilidad –o para algunos propósitos el peligro– de que la información una vez publicada siga siendo pública y circule para siempre llama a la prudencia. La facilidad de divulgar información en Internet, y la cantidad de información en ella, significa que es una tarea difícil detectar declaraciones difamatorias y eliminarlas. Ello es así para un operador de un portal de noticias en Internet, como en el presente caso, pero esta tarea es aún más onerosa para una persona potencialmente lesionada, para quien es menos probable poseer recursos para el control continuo de la red. El Tribunal considera que este último elemento es un factor importante en la ponderación de los derechos e intereses en juego” (*asunto Delfi AS c. Estonia*, par. 92).

A partir de este argumento, y en conjunción con otras circunstancias del caso (el carácter polémico del artículo publicado, que podía hacer prever una reacción airada por parte de algunos usuarios, la dificultad para identificar a los autores de los comentarios o los

medios técnicos que tenía el portal para gestionar la página), el Tribunal afirma que el portal de noticias tenía el deber de controlar preventivamente el carácter difamatorio de los comentarios y evitar así su publicación.

La sentencia es, sin duda, polémica, porque parece apartarse de la regla vigente en el ámbito de la prestación de los servicios de la sociedad de la información, que impide imponer a los prestadores de estos servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen terceros o una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art. 15.1 Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre el comercio electrónico). Esta exención de un deber de control activo se basa en el hecho de que la actividad de este tipo de prestadores es “de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada” (considerando 42 de la Directiva 2000/31/CE). Como ha afirmado el Tribunal de Justicia, esta limitación de la responsabilidad solo se aplica cuando un prestador de este tipo “no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados” [sentencia de 23 de marzo de 2010 (Gran Sala), asuntos C-236/08 a C-238/08, *Google France c. Louis Vuitton Malletier SA y otros*, par. 120]. Ciertamente, exigir responsabilidad por hechos ajenos a los proveedores de servicios de la sociedad de la información desincentivaría tal prestación, cuyo carácter fundamental para la sociedad actual no puede ponerse en duda.

Ahora bien, en la sentencia del TEDH late la preocupación por encontrar algunos equilibrios que preserven los beneficios que suponen los servicios en línea, al tiempo que se ofrece algún grado de protección efectiva a los derechos de las personas. En este contexto, para el Tribunal, el portal de noticias no realizaba una actividad puramente automática y neutral, sino que los comentarios a las noticias se integraban en el producto que ofrecía al público. Además, una consideración muy relevante en el contexto del mundo digital es la de la distribución de los costes de evitar las lesiones de los derechos a la personalidad que pueden producirse a través de la red. Para el TEDH, un portal de noticias en las circunstancias del caso estaría en una posición de *least cost avoider*, esto es, de prevenir la lesión a un menor coste, en comparación con el particular afectado. La compañía es quien controla el medio a través del cual se produce y permanece la lesión del derecho, y le corresponde un específico deber de diligencia en la evitación de estos daños.

En relación con las obligaciones exigibles a los medios respecto de sus hemerotecas digitales, el Tribunal de Estrasburgo también tiende a moverse en el ámbito de las soluciones equilibradas. La premisa de su razonamiento es que las hemerotecas digitales entran dentro del ámbito de protección del artículo 10 del Convenio, por ser un instrumento de la libertad de expresión. Sin embargo, el grado de protección que merecen no puede ser igual de intenso que el que recibe la publicación de información actual, porque las funciones que cumplen una y otra forma de ejercicio del derecho son distintas. La divulgación de informaciones actuales sobre hechos de interés público constituye la “función primaria” de la prensa en un sistema democrático, realizando así su papel de “perro guardián”. En cambio, mantener y hacer accesibles al público los archivos de noticias previamente publicadas constituye una función sin duda valiosa, pero “secundaria”. Por ello, los Estados, en relación con este segundo ámbito de actividad de la prensa, tienen un margen de apreciación más amplio a la hora de establecer y ponderar los

derechos en conflicto. En particular, como afirma el TEDH, “el deber de la prensa de actuar de acuerdo con los principios del periodismo responsable asegurando la corrección de la información publicada histórica, en lugar de la perecedera, es posiblemente más estricto en ausencia de toda urgencia para publicar el material” (*Times Newspapers LTD c. Reino Unido*, de 10 de marzo de 2009, par. 45).

La protección de las hemerotecas digitales por el artículo 10 del Convenio implica que las noticias pasadas contenidas en ellas, a pesar de que su contenido pueda afectar a los derechos de las personas, no pueden ser eliminadas. La libertad de expresión protege el interés legítimo del público de acceder a los archivos digitales de la prensa, de modo que “no corresponde a las autoridades judiciales participar en reescribir la historia” (*Wergrzynowski y Smolczewski c. Polonia*, de 16 de julio de 2013, par. 65). Por tanto, la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión, que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos.

Ahora bien, aunque el Tribunal excluye la posibilidad de borrar los datos, permite, y aun exige, la adopción de otros remedios que permitan dar satisfacción al derecho de los afectados por la información. En el asunto *Times Newspaper* citado, consideró apropiado que el periódico fuese obligado por los tribunales nacionales a publicar una reserva o advertencia en relación con un artículo contenido en la hemeroteca digital donde se informara de la existencia de un procedimiento judicial con motivo de ese artículo. Por su parte, en el asunto *Wergrzynowski y Smolczewski* admitió que no era contrario al artículo 10 del Convenio exigir la publicación de una rectificación junto con el artículo original accesible en línea en la que se advirtiera de que el afectado había obtenido pronunciamientos judiciales a favor en relación con los hechos objeto de la información.

De acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo, el deber de diligencia de los medios de comunicación exigido para asegurar la veracidad de la información no solo debe cumplirse en el momento de obtener y publicar la noticia, sino que también debe observarse en relación con el mantenimiento de la noticia publicada en la hemeroteca digital. El alcance de ese deber, a la luz de los casos decididos por el Tribunal, no parece desproporcionado. Aunque en el futuro puede alcanzar a otro tipo de supuestos, hasta hoy solo se ha afirmado en relación con informaciones que habían dado lugar a procedimientos judiciales exigiendo que en la noticia accesible en la hemeroteca se advirtiera de la existencia del carácter litigioso de la información.

B) El tratamiento de las hemerotecas digitales en la jurisprudencia de algunos países de nuestro entorno: Italia y Alemania

A partir de la doctrina del TEDH, podría afirmarse que los medios pueden tener un deber de diligencia en relación con las noticias albergadas en sus hemerotecas web consistente en un deber de contextualización de aquellas informaciones que con el paso del tiempo resultan inexactas. Una conclusión de este tipo se ha acogido en la jurisprudencia italiana, a partir de la importante sentencia de la Corte de Casación 5525/2012, de 5 de abril de 2012 (sobre ella, Mantelero, 2012; Casino, 2012).

Los hechos del caso resuelto por el alto tribunal italiano son los siguientes: *Il Corriere della Sera* publicó, en su edición de 22 de abril de 1993, un artículo en el que se informaba de la detención del demandante, un político local del Partido Socialista Italiano, acusado de un delito de corrupción. Tras el desarrollo del proceso judicial, la sentencia finalmente le absolvió. El periódico, tras la publicación de la noticia, la volcó en el archivo digital. En él, sin embargo, no consta ninguna noticia sobre la absolución posterior del demandante. Presentada reclamación ante la autoridad nacional de protección de datos, esta declaró que prevalecía la libertad de expresión por tratarse de un personaje público, y que la información sobre su absolución podía encontrarse en otras fuentes en la red. Este pronunciamiento fue ratificado posteriormente por los tribunales. La Corte de Casación, en cambio, parte de un análisis más ponderado del conflicto.

La premisa de su razonamiento es el reconocimiento del derecho al olvido, que define como “el derecho a que no se reproduzcan noticias que por el transcurso del tiempo han sido olvidadas o han perdido actualidad y, por tanto, interés para la opinión pública [...] de modo que su tratamiento informático ya no resulta justificado y sí, en cambio, susceptible de impedir el normal disfrute de la propia identidad personal, en su dimensión social, [...] y acabar por tergiversar su propia imagen en el momento histórico presente”. Por otro lado, el volcado de la noticia en Internet constituye un tratamiento de datos y debe preservarse la exactitud de estos, esto es, debe garantizarse que “han sido debidamente actualizados a la luz de la evolución posterior de los hechos relatados en la noticia original”. Garantizar la exactitud de los datos no solo garantiza el derecho del afectado por la noticia, sino también el derecho de los ciudadanos a recibir una completa y correcta información. De este modo, el Tribunal concluye que el periódico tiene el deber de “remedar la veracidad de la noticia inicial, perdida parcialmente como consecuencia de la evolución de los acontecimientos [...]. Mediante la integración de la misma con las sucesivas y nuevas noticias producidas con posterioridad a los hechos narrados”. La concreta técnica que deba emplear el periódico para cumplir con ese deber de actualización no se precisa en la sentencia, sino que se deja en manos de los responsables editoriales.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido acogida por el *garante per la protezione dei dati personali* en las resoluciones 31/2013, de 24 de enero, y 341/2013, de 4 de julio. En ambas acuerda que la empresa editora del periódico (en ambos casos *La Repubblica*) disponga, en el ámbito del archivo histórico en línea, de un sistema idóneo para indicar (por ejemplo, en el margen de los concretos artículos o en una nota a ellos) la existencia de desarrollos de la noticia relativa al recurrente.

Es interesante señalar que en la sentencia de la Corte de Casación se rechazó la petición del demandante de que la noticia fuera desindexada por el *webmaster* de la página del periódico, con el fin de que no fuera rastreable por los motores de búsqueda. Esta pretensión de limitar el grado de difusión de la noticia haciéndola invisible para los buscadores no fue acogida por el Tribunal, sobre la base del argumento de que el afectado mantenía la condición de personaje público al conservar su condición de posible candidato en las próximas elecciones. Por su parte, en los casos decididos por el *garante*, se declaró no haber lugar a la petición de que la noticia fuera desindexada, porque el medio ya lo había hecho de manera voluntaria.

De la jurisprudencia expuesta se deduce un cuadro interesante de soluciones para los supuestos de colisión entre el derecho al olvido y el mantenimiento de noticias pasadas en las hemerotecas digitales:

- a) No procede el borrado de la noticia que en su día fue publicada lícitamente.
- b) El medio de comunicación tiene un deber de actualización o contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados.
- c) Reducir el grado de accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación no procede en el caso de que el afectado sea un personaje público, pero la invisibilidad de la información para los motores de búsqueda puede ser un remedio adecuado si el afectado es una persona privada vinculada, en su día, a un suceso de trascendencia pública sobre el que se informó.

La tesis de la Corte de Casación italiana no es, sin embargo, compartida por alguna jurisdicción europea. El Tribunal Supremo alemán, en particular, ha rechazado expresamente que pueda imponerse un deber de actualización en relación con los archivos digitales de los medios en dos importantes sentencias. La sentencia de 15 de diciembre de 2009 (BGH, VI ZR 227/08) tenía por objeto la pretensión de dos personas, condenadas en 1993 por el asesinato de un conocido actor, de que *Deutschland Radio* dejara de hacer accesible en su archivo en línea un reportaje del año 2000 en el que se recordaban los hechos y el proceso. Por su parte, la sentencia de 13 de noviembre de 2012 (BGH, VI ZR 330/11) se pronunciaba sobre el mantenimiento en el archivo digital de la revista *Der Spiegel* de una serie de artículos de 1983 en los que se informaba sobre el proceso penal en el que se juzgaba a los autores de un asesinato ocurrido en un yate en el Caribe.

En ambos casos se pretendía trasladar la doctrina del Tribunal Constitucional alemán en el caso *Lebach* al ámbito de las hemerotecas digitales. El Tribunal Supremo alemán consideró que el grado de afectación del interés en la resocialización de los recurrentes no era lo suficientemente grave, dado el nivel de difusión del medio. En el caso *Lebach* se daban ciertas circunstancias que permitían considerar que el derecho del afectado estaba gravemente comprometido, porque se trataba de un reportaje televisivo que se iba a emitir en horario de máxima audiencia (viernes por la noche) por una televisión de ámbito nacional. Ese grado de difusión no es predicable del acceso a los archivos digitales, porque, según el Tribunal, para obtener una noticia albergada en ellos es preciso una búsqueda activa por parte del usuario. La publicidad de una hemeroteca es puramente pasiva y la libertad de expresión garantiza el mantenimiento de ese tipo de archivos. En particular, el *Bundesgerichtshof* rechaza que pueda imponerse un deber de controlar la corrección actual de las noticias pasadas, porque constituiría una limitación inadmisibles de la libertad de expresión. Además, de imponerse esa obligación de control, “habría un riesgo significativo de que el demandado bien renunciara al archivo accesible públicamente bien eliminara de la primera emisión todas aquellas circunstancias que, tras la transcripción de lo emitido, pudieran ser reprochadas posteriormente como ilícitas, a pesar de que la opinión pública tenga un interés legítimo en su conocimiento” (BGH, sentencia de 15 de diciembre de 1999, VI ZR 227/08, par. 21). La imposición de un control del tipo que se exige por la Corte de Casación italiana tendría, para el tribunal alemán, un evidente efecto de desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión.

C) La posición de la Agencia Española de Protección de Datos

En este panorama de soluciones a la problemática de las hemerotecas digitales, merece la pena detenerse en la práctica seguida por la AEPD en este tipo de casos. En las distintas resoluciones que han tenido por objeto el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición al tratamiento de una noticia en un archivo en línea, la Agencia ha mantenido el siguiente esquema de solución: a) el mantenimiento de la noticia en la web está amparado por la libertad de expresión, que debe prevalecer sobre el derecho a la protección de datos; b) se formula una recomendación al medio, como propuesta de autorregulación, para que en este tipo de casos, por un lado, valore detenidamente la trascendencia pública de los distintos extremos de la noticia que permiten la identificación del afectado, y, por otro lado, la posibilidad de utilizar un archivo “robots.txt” previsto en el *Robots Exclusion Protocol*, que permite que la información no sea indexada y capturada por el motor de búsqueda; y c) se obliga al motor de búsqueda (frente al que, por regla general, se formula la reclamación) a eliminar de sus índices de búsqueda la información controvertida si esta carece de interés público actual y resulta inexacta u obsoleta.

Un buen ejemplo de esta estrategia de solución de los conflictos en torno al derecho al olvido lo ofrece la Resolución 2010/2012. En ella se resuelve la reclamación presentada por un ciudadano frente a Google por hacer accesible en su índice de búsqueda, al teclear el nombre del afectado, una serie de artículos publicados por *El País* sobre unos hechos acaecidos en 1993 y 1994. Se trataba de la información sobre la prisión preventiva y posterior condena del reclamante por un acto de extorsión. Sin embargo, tras el recurso pertinente, fue absuelto, hecho sobre el que no consta información. En relación con la publicación de la noticia en la hemeroteca digital, tras reconocer que queda amparada por la libertad de información, se afirma lo siguiente:

“No obstante, los medios de comunicación deberían valorar la necesidad de que su actuación se dirija a conciliar, en mayor medida, el derecho a la libertad de información con la aplicación de los principios de protección de datos personales. En primer lugar, debiera ponderarse escrupulosamente la relevancia pública de la identidad de las personas afectadas por el hecho noticiable, para, en el caso de que no aporte información adicional, evitar la identificación mediante la supresión del nombre e incluso, si fuera necesario, de las iniciales a cualquier referencia suplementaria de la que pueda deducirse la identificación, en el caso de que el entorno sea limitado.

Junto con ello, no cabe duda de que el desarrollo de Internet y la implantación generalizada de los motores de búsqueda suponen una actualización y divulgación exponencial y permanente de la información en prensa, así como de los datos personales incluidos en la misma, como la identidad de las personas. Deberían, por ello, los medios de comunicación, reflexionar sobre la trascendencia que tiene mantener de manera permanente una absoluta accesibilidad de los datos contenidos en noticias cuya relevancia informativa, probablemente, es inexistente en la actualidad.

En este sentido, El País S. L. debería usar medidas informáticas para que, en el caso de que concurra interés legítimo de un particular y la relevancia del hecho haya dejado de existir, se evite desde su *webmaster* la indexación de la noticia por los motores de búsqueda en Internet. De esta forma, aun manteniéndola inalterable

en su soporte, ya que no se borraría de sus archivos ni de sus históricos, se evitaría su divulgación indiscriminada, permanente y, en su caso, lesiva.”

En relación con el motor de búsqueda, en cambio, se concluye que:

“Aunque el reclamante no aportó documentación que permitiese considerar que la información hubiera devenido en inexacta por un posterior auto de sobreseimiento u otra medida, por parte de esta Agencia se ha comprobado que fue absuelto por el Tribunal Supremo por los hechos imputados.

En consecuencia, los datos publicados resultan obsoletos e inexactos, y desde Google deberían haberse implementado las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso posterior a los mismos.

De acuerdo con lo anterior, procedía la exclusión de los datos personales del reclamante de los índices elaborados por Google, por lo que se estima el presente procedimiento de tutela de derechos.”

Si bien la problemática de los motores de búsqueda como destinatarios del derecho al olvido será tratada en el siguiente apartado, es destacable que la posición de la AEPD se aparta de la línea seguida por las autoridades italianas: allí, el deber de contextualización o actualización se exige al medio de comunicación y comporta la adición de la correspondiente advertencia sobre noticias posteriores que enmarcan el sentido de la información controvertida; la Agencia, en cambio, mantiene una postura especialmente deferente con los medios de comunicación (Guichot, 2012:141), en línea con las tesis del Tribunal Supremo alemán, pero exige de los buscadores que los resultados de sus búsquedas no enlacen con informaciones obsoletas que perjudiquen a los afectados.

De las resoluciones de la AEPD se desprende que el riesgo para el derecho de los reclamantes no radica tanto en que la información sea accesible en la hemeroteca digital a través de la página del medio de comunicación, como en la multiplicación de la publicidad que generan los motores de búsqueda. La posición de la Agencia pretende establecer una separación acústica entre las audiencias de una noticia: mientras que la audiencia más activa en la búsqueda de información (comparable a quienes acudían a las viejas hemerotecas en papel) puede tener acceso a las noticias en su integridad a través de la página del medio, para la audiencia general de los usuarios de los motores de búsqueda las noticias que afecten al derecho al olvido deberán ser invisibles.

2.3. Algunas conclusiones sobre el nivel de protección del derecho al olvido frente a los medios de comunicación

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre el grado de responsabilidad que corresponde a los buscadores en esta materia, en relación con los medios de comunicación, la doctrina del TEDH permite exigirles algo más que una apelación a las buenas prácticas y a la autorresponsabilidad. De lo expuesto en este apartado puede formularse, a modo de síntesis, las siguientes consideraciones:

– La publicación nueva de una información pasada puede lesionar el derecho al olvido como proyección del derecho a la intimidad o del derecho al honor. El paso del tiempo puede permitir afirmar una expectativa razonable de privacidad en torno a esos datos cuya nueva divulgación constituiría una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad tutelable a través de los mecanismos previstos en la Ley Orgánica 1/1982. Igualmente, esa información pasada puede afectar negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros, por lo que, con independencia de que sea verdadera, por su contenido distorsionador de la imagen y reputación que merece la persona puede considerarse lesiva de su honor. En uno y otro caso, el conflicto con el derecho a la libertad de información debe resolverse a partir de la apreciación de un interés público actual que justifique la imposición al afectado del deber de tolerar esa nueva publicación.

– Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer su mantenimiento un interés público en el acceso a la información, también la histórica. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración (Carrillo, 2009).

– Los medios de comunicación tienen un deber de actualización o contextualización de aquellas noticias publicadas y accesibles en sus hemerotecas digitales que devengan inexactas o incompletas con el paso del tiempo, limitando el derecho al olvido de los afectados. El alcance de ese deber no puede extenderse a cualquier tipo de información (porque constituiría una carga excesiva para los medios), sino sobre aquellas que por su contenido tengan una capacidad significativa de afectar los derechos de los particulares (el caso central es el de la información sobre investigaciones penales que posteriormente no se confirman o sobre una condena inicial que se revoca después). En este tipo de casos, el medio debería indicar la existencia de la noticia posterior.

Los instrumentos a disposición del particular para obtener esa actualización de la información son varios. Puede ejercer su derecho de rectificación de los datos personales ante la inexactitud sobrevenida de la información. Esa rectificación puede consistir, tal y como reconoce el artículo 16 de la propuesta de Reglamento general de protección de datos, en una “declaración rectificativa adicional” que se añada a la información sin corregir su contenido.

Asimismo, podría ejercerse el derecho de rectificación regulado en la Ley Orgánica 2/1984. Los términos en que está configurado este derecho permiten que pueda ejercerse en relación con las hemerotecas digitales cuando se trate de información difundida de hechos que aludan a una persona que esta considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio (art. 1.1 Ley Orgánica 2/1984), pues la inexactitud tanto puede ser actual como sobrevenida. El único problema radica en el plazo para ejercer este derecho (siete días naturales siguientes al de la publicación o difusión de la información), que está pensado, claramente, para los supuestos de inexactitudes actuales. Con el fin de posibilitar la actualización o rectificación de la información archivada digitalmente, debería ampliarse el plazo de ejercicio y tomarse como *dies a quo* el momento en que tiene conocimiento de la existencia de una información archivada sobrevenidamente inexacta.

Finalmente, la rectificación podría, también, obtenerse a través de la acción civil de reintegración de los derechos de la personalidad prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982.

– Los medios de comunicación tienen el deber de evitar la indexación, limitando así el grado de accesibilidad, de aquellas noticias pasadas cuya difusión universal a través de los motores de búsqueda pueda lesionar el derecho al olvido, salvo si la noticia, a pesar del paso del tiempo, mantiene el interés público.

– El control exigible a los medios en cumplimiento de esos deberes es un control *ex post*, a petición fundada por el afectado. Un control preventivo no sería exigible con carácter general.

3. Derecho al olvido y servicios de la sociedad de la información: motores de búsqueda y redes sociales

3.1. Los motores de búsqueda

Los motores de búsqueda constituye la puerta de acceso a Internet. Desarrollan una función esencial de organización de la información disponible en la red y de facilitar el acceso a ello. Sin estas herramientas la tarea de buscar la información que nos interesa en el universo de páginas web existentes (cerca de mil millones de páginas web, actualmente, de acuerdo con los datos de www.internetlivestats.com) simplemente estaría fuera del alcance de las capacidades del ciudadano medio.

En el ejercicio de esta función de *gatekeepers* de la información disponible en la red, los motores de búsqueda han reivindicado para sí el papel de “intermediarios neutrales” (Van Alsenoy, Kuczerawy y Ausloos, 2013:67) entre los editores de las páginas web y los usuarios de la red, realizando únicamente una actividad técnica que favorece la accesibilidad y el hallazgo de los contenidos que publican unos y buscan otros. A partir de este principio de neutralidad, se ha defendido, señaladamente por *Google*, que la responsabilidad por los contenidos a los que enlaza su página de resultados es exclusivamente del editor de la página. De este modo, en relación con el grado de responsabilidad que le corresponde a los buscadores a la hora de garantizar el derecho al olvido, se ha afirmado que el destinatario de este derecho debe ser la página fuente de la información y no el buscador.

Esta posición, claramente limitadora de la eficacia de los derechos de los afectados por informaciones *on-line*, ha sido acogida por el Abogado General en las conclusiones presentadas ante el Tribunal de Justicia en el caso *Google Spain* y Agencia de Protección de Datos. En ellas afirma que Google no puede ser responsable del tratamiento de datos, porque para asignar responsabilidad se debe tener capacidad de influencia sobre el hecho, control consciente sobre el proceso y, en el caso del buscador, su actividad es puramente técnica, automática y pasiva, y no distingue si la información contiene datos personales o no. Por ello, el afectado por la divulgación de datos personales obsoletos ha de dirigirse únicamente al responsable de la página fuente que ha realizado el tratamiento inicial de los datos. La posición del Abogado General defiende, por tanto, que los motores de búsqueda queden al margen de la normativa de protección de datos cuando muestran enlaces a informaciones de terceros. En esta misma línea, una parte de la doctrina había criticado la posición de la AEPD porque “resulta altamente cuestionable atribuir a los buscadores la responsabilidad de garantizar la cancelación de datos y no a los responsables de la publicación de la información” (Guichot et al., 2013:223).

La propuesta de Reglamento general de protección de datos realizada por la Comisión parece asumir, también, que el sujeto obligado a dar cumplimiento al derecho al olvido es la persona que ha divulgado los datos y no los terceros que albergan copias o enlaces a ellos (en este sentido, Troncoso, 2012:7 y 10; Noval, 2012:36; Simón, 2013:471). De acuerdo con el artículo 17 de la propuesta de Reglamento, ante el ejercicio del derecho de cancelación o de oposición, corresponde a la página que inicialmente trató los datos poner fin al tratamiento y adoptar las medidas razonables precisas para informar a un tercero que posteriormente esté tratando los datos (esto es, al buscador) que el interesado está solicitando la supresión del dato o la copia o réplica. Con esta finalidad, el editor de la página web puede utilizar códigos de exclusión, como el denominado robots.txt, que informan al motor de búsqueda que no indexe o almacene la página web, o que no la muestre en sus resultados de búsqueda.

Frente a la tesis del “intermediario neutral” y la no sujeción a la normativa de protección de datos de los motores de búsqueda, se ha venido alzando, desde hace algunos años, la posición de la Agencia Española de Protección de Datos que ha sostenido que los buscadores al presentar los enlaces a distintas páginas web en su página de resultado realizan un tratamiento de datos del que son responsables y que, por tanto, están obligados a respetar y garantizar los derechos de cancelación y oposición de los particulares afectados (por ejemplo, entre otras muchas, Resolución 038/2013).

La posibilidad de que los motores de búsqueda sean destinatarios, también, del derecho al olvido ha sido acogida por el Parlamento Europeo al enmendar el texto del artículo 17 de la propuesta de Reglamento, formulada por la Comisión, en el sentido de incluir expresamente el derecho “a obtener de los terceros la supresión de cualquier enlace, copia o réplica de esos datos personales”. De este modo, del texto del Reglamento general de protección de datos aprobado por el Parlamento Europeo se deduce claramente que el titular de los datos podrá dirigirse tanto al responsable del tratamiento como al motor de búsqueda para que cese la difusión de los datos personales que considera obsoletos, excesivos o impertinentes.

Este es el panorama normativo en el que debe situarse la trascendental sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, C-131/12, dictada en relación con la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Nacional, en el asunto *Google Spain*. La sentencia acoge íntegramente la tesis defendida por la AEPD y establece una interpretación de la Directiva 95/46/CE de protección de datos decididamente garantista de los derechos de cancelación y oposición de las personas frente a los motores de búsqueda. El grado de compromiso del Tribunal con una protección robusta de los derechos a la vida privada y a la protección de datos (artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) es tal que, en un pronunciamiento que no es en absoluto habitual en el ámbito de la jurisdicción de Luxemburgo, llega a aplicar la interpretación establecida al caso concreto y reconoce el derecho del interesado a exigir que se elimine de la página de resultados del buscador el vínculo a la información que estimaba obsoleta (par. 98).

El reconocimiento del derecho al olvido frente a los motores de búsqueda es el corolario de la afirmación de cuatro tesis, que hasta la sentencia, eran especialmente controvertidas.

En primer lugar, la actividad de los motores de búsqueda debe calificarse como tratamiento de datos. Las funciones que realizan de extraer los datos de las páginas web existentes, registrarlos, organizarlos en el marco de sus programas de indexación, conservarlos en sus servidores y comunicarlos y facilitar el acceso a los usuarios a través de la página de resultados constituyen operaciones de tratamiento en el sentido de la Directiva (par. 28).

En segundo lugar, El motor de búsqueda establece los fines y los medios de esa actividad y, por tanto, es el responsable de que el tratamiento de datos personales cumpla con las exigencias de la Directiva 95/46. Esta responsabilidad es propia y autónoma respecto de la de los editores de las páginas web. El que éstos no hayan utilizado protocolos de exclusión (como robot.txt) o códigos como «noindex» o «noarchive» no significa que el motor de búsqueda quede liberado de su responsabilidad respecto de las operaciones de tratamiento de datos personales que realiza. De este modo, el motor de búsqueda debe garantizar «una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada», «en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades» (par. 38 y 39).

En tercer lugar, la empresa gestora de un motor de búsqueda está sujeta a la normativa europea de protección de datos, a pesar de que su sede matriz radique fuera de la Unión Europea, siempre que mantenga un establecimiento en un Estado miembro a través del cual desarrolle una actividad económica vinculada con el motor de búsqueda, como es, la promoción y venta de espacios publicitarios en sus listas de resultados, dirigida a los habitantes de ese Estado miembro (par. 60).

Y, finalmente, de entre el conjunto de derechos que reconoce la normativa de protección de datos, los motores de búsqueda deben respetar, en particular, los derechos de rectificación, supresión y bloqueo (art. 12, letra b, Directiva 95/46/CE) y de oposición (art. 14, párrafo primero, letra a) de modo que, en relación con búsquedas realizadas a partir del nombre de una persona, deben eliminar de la página de resultados los vínculos a páginas web que contengan información relativa a esa persona, con independencia de que la publicación de esa información haya sido lícita o siga siendo accesible en la página web, siempre que los datos personales contenidos en esa información resulten inadecuado, no pertinentes o excesivos en relación con los fines que justificaron su tratamiento y el tiempo transcurrido.

La argumentación de la sentencia para fundamentar estas cuatro afirmaciones de principio se sostiene sobre tres grandes argumentos: a) la necesidad de una “protección eficaz y completa” de los derechos de los interesados, b) la singularidad de los motores de búsqueda y su impacto sobre los derechos de los interesados, y c) la prevalencia, en principio, de los derechos de los interesados frente a los intereses económicos de los gestores de los motores de búsqueda y el interés del público en encontrar información personal mediante la búsqueda a partir del nombre de una persona.

Las ideas de eficacia y completud de la protección del derecho a la protección de datos de las personas presiden la argumentación del tribunal a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva en relación con los motores de búsqueda. Aceptar que la

normativa no fuera aplicable por razón del territorio, o admitir que la actividad del buscador no constituía un tratamiento de datos y que no cabía imputar responsabilidad a sus gestores, hubiera sido tanto como afirmar la existencia de una zona franca para los buscadores, exenta de las obligaciones que impone el respeto del derecho a la protección de datos.

Uno de los puntos especialmente subrayados por el Tribunal es el carácter singular de los buscadores y la afectación que su actividad produce sobre los derechos de las personas. En la sentencia se enfatiza el impacto que tiene la difusión de datos personales a través de la página de resultados de un buscador porque se trata de una “difusión global” de esos datos (par. 36), que dota a esa información de “carácter ubicuo” (par. 80) y que ofrece “una visión estructurada” de la información relativa a una persona que permite establecer “un perfil más o menos detallado” de ésta. Estos factores hacen que el tratamiento realizado por el buscador de datos personales previamente divulgados en páginas web tenga un impacto adicional al de esa publicación original y afecte significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales (arts. 7 y 8 Carta Europea de Derechos Fundamentales). A partir de estas consideraciones, el Tribunal concluye la especial necesidad de protección de los derechos de los interesados frente a la “gravedad potencial” de la injerencia que representa la difusión *urbi et orbe* de información personal con sólo teclear el nombre de una persona.

Esa intensidad de la afectación de los derechos a la vida privada y a la protección de datos que comporta la actividad de los buscadores hace que estos derechos adquieran un especial peso y relevancia a la hora de ponderarlos con otros intereses con los que entran en conflicto. Por ello, a juicio del Tribunal, deben prevalecer, en línea de principio, frente a los intereses económicos de los gestores y de los usuarios de los motores de búsqueda en acceder a la información sobre una persona (par. 81). La sentencia establece la obligación para los gestores de los motores de búsqueda de alcanzar un “justo equilibrio” entre los distintos derechos e intereses en juego, de modo que a la hora de decidir si dar cumplimiento a la solicitud de borrado de un vínculo a determinada información personal debe ponderar la circunstancias del caso y valorar “la naturaleza de la información de que se trate”, “el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada” y “el interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública” (par. 81 y 97).

Este es el marco en el cual se deberá valorar el ejercicio del derecho al olvido frente a los buscadores. Como afirma la sentencia, “se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre” (par. 96). Señaladamente, el ejercicio de este derecho al olvido no exige, de acuerdo con el Tribunal, que se acredite la causación de un perjuicio, de modo, que la existencia de un daño no es presupuesto necesario de la viabilidad del derecho, sino que basta la consideración subjetiva del interesado de que determinado vínculo a información personal desfasada u obsoleta le puede afectar negativamente.

La implementación de la doctrina de la sentencia no va a ser sencilla. De ella se deriva, claramente, el deber del gestor del buscador de ponderar los intereses en conflicto. Una

ponderación que debe situarse en el marco señalado por el Tribunal, pero para la que no se determinan criterios claros. El atribuir, en primera línea, a la empresa el deber de hacer efectivo el derecho al olvido a partir de un ejercicio de ponderación entraña, como se ha señalado (Van Alsenoy, Kuczerawy y Ausloos, 2013:71), riesgo de sobre-cumplimiento de la normativa eliminando más vínculos de los necesarios para proteger el derecho. Ante la incertidumbre sobre el sentido correcto de la ponderación que debe realizar en un caso concreto, el comportamiento racional del buscador, para precaverse frente a futuras responsabilidades ante la autoridad de protección de datos, puede ser el de acceder, en caso de duda, al borrado de los vínculos que haya solicitado el interesado.

Justamente, este resultado es el que se ha querido evitar en el ámbito de la regulación de la responsabilidad de los motores de búsqueda. El artículo 17 de la Ley 34/2002, reguladora de los servicios de la sociedad de la información, prevé una regla de exención de responsabilidad por los enlaces a la información de terceros que ofrece este tipo de prestadores de servicios (idéntica a la prevista en el artículo 16 en relación con los servicios de alojamiento o almacenamiento de datos) si se cumplen las siguientes circunstancias:

- a) Que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

La ley, en principio, delimita los medios a través de los cuales el prestador del servicio puede ser sabedor del carácter ilícito de la información y, por tanto, tener “conocimiento efectivo”:

“Cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.”

Esta previsión legislativa plantea el problema de si la lista de medios es taxativa o ejemplificativa, de modo que el prestador del servicio puede llegar a tener conocimiento efectivo de la ilicitud por otros medios distintos a la resolución de una autoridad. Sobre este punto, en algunos países se admite la responsabilidad del prestador cuando, sin necesidad de que intervenga una autoridad, la ilicitud del contenido sea manifiesta o evidente. Así, el Consejo Constitucional francés ha establecido que el término dato “ilícito” contenido en la legislación de transposición debe ser interpretado como “manifiestamente ilícito” (Decisión 2004-496, de 10 de junio). En la exposición de motivos de la ley belga se afirma que el carácter ilícito debe ser obvio en relación con la naturaleza ilegal de la actividad o información, como, por ejemplo, en casos de pornografía infantil, revisionismo o difamación grave. En Austria y Alemania también se exige que la ilicitud sea fácilmente accesible u obvia para un lego en derecho.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha admitido que un prestador puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud de la información si esta resulta notoria y se le ha puesto de manifiesto por el interesado. Así, la STS 773/2009, de 9 de diciembre de 2009, consideró que el nombre de dominio “putasgae.org” era suficientemente revelador de su contenido insultante como para que quien alojaba esa página web tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud y, por tanto, el deber de retirar o impedir el acceso a la información. De este modo, el Tribunal Supremo establecía una interpretación más abierta de los medios a través de los que un prestador de servicios puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, al incluir también “[los] hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate” (STS de 9 de diciembre de 2009, FJ 4). Esta línea interpretativa se ha mantenido por sentencias posteriores (entre otras, SSTs 316/2010, de 18 de mayo de 2010; 172/2012, de 3 de abril de 2012; y 128/2013, de 26 de febrero de 2013).

Sin embargo, a pesar de la apertura de vías a partir de las que el prestador del servicio puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud, esta debe ser clara o evidente, porque, de otro modo, si a petición de un particular se retira una determinada información cuyo carácter lesivo de un derecho no fuera claramente constatable, el proveedor de servicios estaría asumiendo una función de censor privado claramente excesiva. En este sentido, en un caso en el que una persona demandó civilmente a Google por intromisión en su honor por permitir el enlace a determinadas páginas web en las que se publicaba una información que le vinculaba con la llamada Operación Malaya, que no era veraz, la STS 2245/2013, de 4 de marzo de 2013, afirma lo siguiente:

“[...] de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa, ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito, supuesto en el que esta Sala ha declarado en otros casos la existencia de conocimiento efectivo. La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito” (FJ 5).

La sentencia *Google Spain* no parece limitar la responsabilidad de los motores de búsqueda de garantizar el derecho al olvido a los supuestos claros y evidentes de ilicitud del tratamiento, al exigir, en todo caso, la ponderación de los distintos intereses en presencia atendiendo las circunstancias de la información controvertida. Pero, no deja de ser cierto, que el alcance la responsabilidad por el tratamiento de datos personales que atribuye a los motores de búsqueda no es ilimitada sino que debe desenvolverse, como afirma la sentencia, “en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades” (par. 38). Este acotamiento de la responsabilidad puede entenderse como la introducción de un principio de proporcionalidad en el determinación del alcance de las obligaciones de los motores de búsqueda para garantizar la “protección eficaz y completa de los interesados”.

Esta consideración daría apoyo a sostener que el deber de borrar los vínculos a información personal a partir de la solicitud de un afectado debería ceñirse a los supuestos

claros y evidentes del carácter inadecuado, impertinente o excesivo de los datos por obsoletos, casos en los que la prevalencia del derecho a la vida privada y a la protección de datos estaría fuera de toda duda. Un criterio de claridad a la hora de determinar el resultado de la ponderación evitaría las consecuencias negativas de un exceso de celo en la protección del derecho al olvido. Además, la posibilidad de acudir al mecanismo de tutela de la agencia de protección permitiría, en todo caso, que los casos dudosos pudieran ser resueltos por este organismo especializado, contribuyendo de este modo a clarificar los criterios y factores relevantes para dar prevalencia al derecho al olvido. En todo caso, parece que la efectividad de la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia va a requerir la colaboración mutua entre los gestores de los motores de búsqueda y las agencias de protección de datos con el fin de ir aquilatando los criterios de aplicación del derecho al olvido.

Del mismo modo que en relación con los medios de comunicación, también en lo que respecta a los motores de búsqueda se impone formular soluciones equilibradas que den satisfacción a las necesidades de protección de los bienes de la personalidad en los tiempos de la publicidad multiplicada y universal, al tiempo que se preserva el valor de los motores de búsqueda como instrumentos de acceso a la información. En este sentido, parece razonable exigir la responsabilidad de estos servicios de la sociedad de la información en los siguientes grupos de casos.

El primer supuesto es el de la indexación de páginas web a pesar de que el editor haya utilizado un código de exclusión. En este caso parece claro que el motor de búsqueda impone a los datos una publicidad no querida, al no respetar la voluntad de desindexación de quien trata los datos. Igualmente, tal y como afirma la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 4 de abril de 2012, sobre la protección de los derechos humanos en relación con los motores de búsqueda, el buscador será responsable si mantiene el acceso a los datos personales guardados en su memoria caché cuando el contenido original ha sido cancelado [punto 8 del anexo a la Recomendación CM/Rec(2012)3].

Un segundo ámbito de responsabilidad es el de las lesiones de derechos derivadas de la función de autocompletado de la búsqueda ofrecida por el buscador. Los tribunales de otras jurisdicciones europeas han considerado que cuando el buscador vincula el nombre de una persona con un término o dato que afecta a sus derechos, debe responder de la lesión (por ejemplo, sentencia de la Corte de Casación francesa de 12 de julio de 2012 o sentencia del *Oberlandgericht* de Hamburgo de 16 de agosto de 2011). En este mismo sentido, la Resolución 2647/2012 de la AEPD resuelve a favor de un reclamante frente a Google por asociar los datos personales de este en los índices de sugerencia producidos por la función de autocompletar con el término gay. La empresa, con el fin de excluir la responsabilidad, afirmó que la función de autocompletado consistía en predicciones de términos de búsqueda que aparecen juntos con cierta frecuencia y que se generan de manera automática. Sin embargo, a juicio de la Agencia, el buscador sí ejerce un cierto control editorial sobre la función autocompletado, porque excluye términos de búsqueda de contenido pornográfico, violento o de incitación al odio, tal y como se indica en la propia página web al describir las características del servicio *Google Suggest*. Para la AEPD, pues, al autocompletar los términos de búsqueda Google realiza un tratamiento de datos del que es responsable. Sin perjuicio de que ese tratamiento de datos pueda perseguir

una finalidad legítima (facilitar a los usuarios la búsqueda), cuando entre en conflicto con el derecho a la protección de datos, al afectar, como en el caso, a un dato sensible y especialmente protegido como el relativo a la sexualidad, debe prevalecer el derecho afectado.

Una tercera esfera de responsabilidad del motor de búsqueda en el supuesto de enlaces a páginas que albergan copias de una información declarada judicialmente ilícita por lesionar derechos de la personalidad. Exigir al afectado que se dirija a las distintas páginas a fin de que estas eliminen esa información resulta desproporcionado, en la medida en que constituye una carga excesiva para el individuo: además de su número, las páginas pueden no ser fácilmente identificables o pueden estar fuera del territorio, etc. Dirigirse al buscador para que desindexe los enlaces a esas páginas es la solución más operativa, porque, a pesar de que la información continúe en las páginas de origen, resultará opaca para los usuarios al no ser accesible desde el buscador. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no es admisible “la reiteración de la publicación, que sigue integrando lesión del derecho, manteniendo en la memoria pública el dato e incluso ampliando el campo de personas que llegan a conocerlo” (STC 99/2002, FJ 8); por ello, el buscador no debe mantener el enlace a la publicación ilícita de elementos protegidos por los derechos de la personalidad. En esta línea se sitúa la reciente sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 6 de noviembre de 2013, que ha obligado a Google a retirar los enlaces a las fotos que mostraban a Max Mosley participando en una orgía y cuya difusión en un medio británico fue declarada ilícita por los tribunales (Scott, 2013).

Fuera de los casos anteriores, en los supuestos de ejercicio del derecho al olvido en los términos que reconoce la sentencia *Google Spain*, deberían distinguirse dos hipótesis: los vínculos a páginas web identificables y a páginas no identificables. En la primera hipótesis es defendible el criterio, expuesto más arriba, de la claridad de la lesión del derecho, en la medida en que un sobrecumplimiento del deber de borrado de los enlaces afectaría, además del interés de los usuarios a acceder a la información, el interés del editor de la página en difundir esa información. Por otro lado, en cambio, si no es posible la identificación de la página fuente, parece razonable atribuir prevalencia al derecho al olvido, salvo clara prevalencia de un interés público. Cuando la página fuente es ilocalizable, el único garante eficaz del derecho es el motor de búsqueda. En un caso así resultaría desproporcionado exigir al afectado una conducta imposible, como es reclamar a alguien no identificable que ponga fin al tratamiento de datos. Un razonamiento similar ha llevado al TEDH a considerar que no lesiona el artículo 10 del Convenio imputar a la empresa editora de una página web de noticias la responsabilidad de unas expresiones injuriosas realizadas en un foro gestionado por ella por parte de usuarios anónimos. Para el Tribunal, “por razones puramente técnicas resultaría desproporcionado colocar la carga de la identificación de los autores de comentarios difamatorios sobre la persona injuriada” (asunto *Delfi AS c. Estonia*, sentencia de 10 de octubre de 2013, par. 91). La AEPD también ha asumido este planteamiento, por ejemplo, en la Resolución 3166/2012, donde se resolvía una reclamación para que Google, como titular de la plataforma YouTube, cancelara los datos de la interesada. La reclamante era una bailarina que se veía afectada por la difusión de un vídeo alojado en YouTube, grabado y publicado sin su consentimiento, en el que se la veía dando un beso a una compañera. En el caso, a juicio de la Agencia, el buscador debía ser el responsable, porque “hay una imposibilidad cierta de la reclamante de dirigirse al responsable que difundió el vídeo, dado que el blog alojado en blogspot, ‘downmusic’, está inaccesible”.

3.2. Las redes sociales

Las redes sociales han multiplicado exponencialmente las posibilidades de comunicación entre personas, de acceso a información, y de establecer nuevos instrumentos de colaboración y asociación. Han creado un nuevo entorno social en el que un elemento básico de la interacción es compartir información personal. Facebook, MySpace, Tuenti, Twitter o LinkedIn permiten a sus millones de usuarios publicar y difundir datos personales y fortalecer lazos con personas ya conocidas o darse a conocer a otras. En este contexto, el control sobre esa información resulta vital, especialmente cuando se trata de datos que podemos arrepentirnos de haber publicado o no queremos que continúen siendo accesibles.

En el ámbito de las redes sociales, el mecanismo para hacer valer el derecho al olvido es el derecho a consentir el tratamiento de datos personales y el derecho a revocar en cualquier momento ese consentimiento. A la hora de evaluar los contextos de ejercicio de este derecho, debe distinguirse entre la información publicada por uno mismo en la red social y aquella publicada por terceros y que contiene datos personales nuestros (por ejemplo, una fotografía de alguien colgada en la página de otra persona). En el primer caso, el titular de los datos mantiene en todo caso el control sobre ellos, y el responsable del tratamiento debe acceder a eliminar todos aquellos respecto de los cuales se produce una revocación del consentimiento. Recordemos que el artículo 6.3 LOPD establece que el consentimiento al tratamiento de datos puede ser revocado “cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos”, y que el artículo 17.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD dice que esa revocación podrá efectuarse a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del tratamiento. La exigencia de justa causa debe ser interpretada de manera amplia, especialmente en el caso de las redes sociales, en las que lo determinante de la publicación de información es la sola voluntad de la persona. Por ello, ningún óbice debe encontrar su deseo en contra.

Cuando los datos personales son publicados por un tercero en el ámbito de una red social, se plantea el problema de si ese tratamiento de datos está sujeto a la normativa en esta materia o si, por el contrario, está excluido del régimen de protección de datos personales, al ser considerados “ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas” [art. 2.2.a) LOPD y art. 3.2 Directiva 95/46/CE]. Esta exclusión de la aplicabilidad de la legislación de protección de datos, conocida como excepción doméstica, implica que cuando los datos de otro son objeto de tratamiento en el seno de las relaciones mantenidas dentro de la esfera familiar o de amistad, no es necesario, por ejemplo, recabar el consentimiento: álbumes de fotos, recopilación de cartas o mensajes, etc., son los casos típicos en los que resulta aplicable esta excepción.

Publicar datos personales de otro en el perfil propio de una red social no cae, en principio, en el ámbito de la excepción doméstica. El Tribunal de Justicia, en el asunto *Lindqvist*, sostuvo que “esta excepción debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares; evidentemente, no es este el caso de un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a

un grupo indeterminado de personas” (asunto *Lindqvist*, sentencia de 6 de noviembre de 2003, C-101/01, par. 47). De este modo, la difusión de datos personales a través de las redes sociales está sujeta a la normativa de protección de datos, porque, por regla general, son accesibles a una pluralidad indeterminada de personas. Por ello, la publicación de fotografías u otros datos de una tercera persona precisa el consentimiento inequívoco de esta. Así lo ha expresado la AEPD en relación con las fotografías en su informe núm. 615/2008.

En cambio, si el espacio de la red social se configura como cerrado y solo accesible a un número determinado de personas, puede sostenerse que el tratamiento de datos que se puede efectuar en este ámbito se inscribe dentro de la esfera personal del individuo y, por tanto, no está sujeto a la legislación de protección de datos (Rallo y Martínez, 2011). Ciertamente, en un ámbito de relación cerrado, normalmente limitado a personas que comparten lazos de amistad, el riesgo de que determinada información personal sea descontextualizada es mucho menor, porque el interesado siempre tiene el recurso de situar en el nivel debido la interpretación o la comprensión del dato: así funcionan, en definitiva, las relaciones de amistad. Sin embargo, aunque la legislación de protección de datos no sea aplicable cuando la excepción doméstica permita cubrir un determinado ámbito de interacción dentro de una red social, ello no significa que el afectado por una información compartida en esa esfera no pueda acudir a otros instrumentos para que cese la intromisión, como, por ejemplo, los mecanismos de tutela del derecho a la intimidad o el honor.

4 o Conclusiones

El derecho al olvido es la respuesta al problema que genera el almacenamiento de información personal en la red sin límite temporal. El avance tecnológico ha derribado las barreras naturales de tiempo y espacio que protegían a las personas frente al conocimiento permanente por los demás de hechos o circunstancias de ayer que pueden perjudicarles en el desarrollo de su vida actual. La perennidad de la información en Internet constituye una amenaza para el libre desarrollo de la personalidad. El derecho al olvido no es el producto del mero capricho de algunos a que su pasado no sea conocido, como afirman los críticos, sino que responde a una necesidad sentida por los ciudadanos de poder controlar la trazabilidad de su vida digital y poder eliminar, o limitar la difusión, de aquellos trazos cuya accesibilidad permanente puede incidir negativamente en su carrera laboral, su crédito o sus relaciones sociales.

El derecho al olvido encuentra buen fundamento en dos derechos fundamentales. Por un lado, el derecho de protección de datos permite que los afectados puedan cancelar sus datos personales cuando estos ya no sean adecuados y necesarios, por razón de haber devenido obsoletos, o bien puedan oponerse al tratamiento de esos datos. Por otro lado, el derecho a la intimidad o a la vida privada permite dar cobertura a las expectativas de que, tras un lapso temporal, ciertos datos, aunque públicos en su día, puedan considerarse razonablemente privados o reservados. Tanto la práctica de distintas autoridades nacionales de protección de datos como el Derecho comparado reconocen distintas manifestaciones del derecho al olvido. Falta, sin embargo, un anclaje normativo explícito de este derecho. Por ello, la regulación de su contenido prevista en la propuesta de Reglamento general de protección de datos, formulada por la Comisión Europea, y aprobada por el Parlamento Europeo, debe ser bienvenida. Los términos en los que se configura el derecho al olvido en el texto aprobado por el Parlamento permiten una protección amplia y eficaz y se sitúan en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia en la sentencia *Google Spain*, que ha reconocido el ejercicio de este derecho frente a los motores de búsqueda. El derecho al olvido, como cualquier otro derecho, no es absoluto y debe acomodarse a la coexistencia con otros derechos que lo limitan. El establecimiento de equilibrios razonables en los supuestos de conflicto es la vía adecuada para preservar los intereses contrapuestos de acceder libremente a toda la información en línea y de precaverse frente al conocimiento permanente de informaciones pasadas que nos perjudican.

En el contexto de los medios de comunicación, el conflicto entre libertad de información y derecho al olvido puede resolverse a partir de algunas soluciones ponderadas, en línea con lo establecido por el TEDH y otros tribunales de países de nuestro entorno: la libertad de información prevalece si existe un interés público actual en la publicación nueva de una información pasada y también respecto del mantenimiento de noticias en una hemeroteca digital, que no podrán ser objeto de cancelación o alteración. En este sentido, el derecho al olvido no equivale a reescribir la historia, borrando algunas partes de ella. Sin embargo, los medios de comunicación pueden resultar obligados por la prevalencia del derecho al

olvido (si en atención a las circunstancias el interés del particular tiene más peso) a contextualizar la noticia, que ha devenido errónea o incompleta por el paso del tiempo, y/o a desindexarla con el fin de que no sea accesible desde los motores de búsqueda y resulte así, de algún modo, invisible u opaca para la generalidad de los usuarios de la red. Ambos instrumentos permiten equilibrar razonablemente los derechos en conflicto: el olvido nunca será total, porque la información puede seguir siendo accesible desde el archivo digital, pero, o bien se asegura de que no sea interpretada fuera de contexto, o bien se limita su publicidad universal a través de los buscadores. Contextualizar y desindexar son alternativas razonables que ofrecen una protección eficaz al derecho al olvido.

La responsabilidad de los motores de búsqueda a la hora de proteger el derecho al olvido ha sido afirmada de forma rotunda por el Tribunal de Justicia, clarificando así un asunto que había suscitado una intensa polémica entre defensores de la neutralidad de los buscadores y de los derechos de la personalidad. La implementación de la sentencia va a requerir la colaboración entre este tipo de servicios de la sociedad de la información y las agencias de protección de datos con el fin de aquilatar criterios claros de aplicación del derecho al olvido. Con el fin de evitar un riesgo de sobrecumplimiento por parte de los buscadores, con la consecuencia de que se eliminasen más vínculos de los necesarios para proteger el derecho, parece razonable que la prevalencia del derecho al olvido deba venir condicionada por el criterio de la claridad de la lesión. Junto con este ámbito de responsabilidad de los motores de búsqueda afirmado por la sentencia *Gogle Spain*, pueden determinarse otros, como en los supuestos de afectación al derecho por la función de autocompletado de la búsqueda, cuando no se hayan respetado los códigos de exclusión o cuando el titular de la página fuente esté ilocalizable o se trate de copias de información declarada ilícita.,

Finalmente, en relación con las redes sociales, debe garantizarse que las políticas de privacidad que rigen el uso de estas plataformas respetan escrupulosamente el principio del consentimiento en el tratamiento de la información, de modo que la revocación pueda ser efectiva en todo momento.

Bibliografía

Agencia Española de Protección de Datos (2012), Memoria AEPD 2011.

Agencia Española de Protección de Datos (2013), Memoria AEPD 2012.

Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA) (2011), The right to be forgotten-between expectations and practice (http://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten/at_download/fullReport).

Bertrand, A. (1999), Droit à la vie privée et droit à l'image. París, Litec.

Carrillo, M. (2009), El derecho al olvido en Internet, *El País*, 23 de octubre de 2009.

Casino Rubio, M. (2012), El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156: 201-213.

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (2010), 30e Rapport d'activité 2009, Paris, La documentation française.

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (2013), 33e Rapport d'activité 2012. Paris, La documentation française.

Gewirtz, P. (2001), Privacy and Speech, *The Supreme Court Review*, 2001: 139-199.

Guichot, E. (2012), La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154: 125-168.

Guichot, E. (coord.), *et al.* (2013), Derecho de la comunicación. Madrid, Iustel.

Han, Byung-Chul (2013), La sociedad de la transparencia. Barcelona, Herder.

Hughes, K. (2012), A behavioural understanding of privacy and its implications for privacy law, *Modern Law Review*, núm. 75(5): 806-836.

Koops, B.-J. (2011), Forgetting footprints, shunning shadows. A critical analysis of the "right to be forgotten" in big data practice, *Scripted*, vol. 8, issue 3, pp. 229-256.

Lessig, L. (2001), El código y otras leyes del ciberespacio. Madrid, Taurus.

Mantelero, A. (2012), Right to be forgotten ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, vol. XXVIII, n. 10: 843-849.

- Margalit, A. (1997), *La sociedad decente*. Barcelona, Paidós.
- Mayer-Schönberger, V. (2009), *Delete. The virtue of forgetting in the digital age*. Princeton, Princeton University Press.
- Mayer-Schönberger, V., y Cukier, K. (2013), *Big dat. La revolución de los datos masivos*. Madrid, Turner.
- Noval Lamas, J. J. (2012), Algunas consideraciones sobre la futura regulación del derecho al olvido, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 120.
- Pérez Oliva, M. (2011), Un nuevo desafío: el derecho al olvido, *El País*, 15 de mayo de 2011.
- Prosser, W. (1960), Privacy, *California Law Review*, vol. 48: 383-423.
- Rallo, A., y Martínez, R. (2011), Protección de datos personales y redes sociales: obligaciones para los medios de comunicación, *Quaderns del CAC*, núm. 37: 41-51.
- Reporteros sin Fronteras (2012), Internet Enemies Report 2012 (http://en.rsf.org/IMG/pdf/rappport-internet2012_ang.pdf).
- Rey Martínez, F. (2008), *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez Álvarez, J. L. (2012), El “olvido digital” en España es una búsqueda de equilibrio, *El Mundo*, 15 de febrero de 2012.
- Rosen, J. (2001), *The unwanted gaze. The destruction of privacy in America*. New York, Vintage Books.
- Rosen, J. (2010), The Web Means the End of Forgetting, *The New York Times*, 21 de julio de 2010.
- Salvador Coderch, P. (2011), Entre recordar y olvidar, *El País*, 1 de junio de 2011, p. 29.
- Sarmiento, D. (2013), Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protections in Europe, *Common Market Law Review*, núm. 50: 1267-1304.
- Scott, M. (2013), Google Is Ordered to Block Images in Privacy Case, *The New York Times*, 6 de noviembre de 2013.
- Simón Castellano, P. (2012), *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia, Tirant lo Blanch.

Simón Castellano, P. (2013), El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos, en Cotino Hueso, L., y Corredoira y Alfonso, L. (dirs.), *Libertad de expresión e información en Internet*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 451-473.

Solove, D. (2007), *The future of reputation. Gossip, rumor and privacy on the internet*. New Haven, Yale University Press.

Thompson, J. (2001), *El escándalo político*. Barcelona, Paidós.

Troncoso Reigada, A. (2012), El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales, *Datospersonales.org: Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 59.

Urías, J. (2011), *Lecciones de derecho de la información*. Madrid, Tecnos.

Van Alsenoy, B., Kuczerawy, A. y Ausloos, J.: Search engines after Google Spain: internet@liberty or privacy@peril?, *ICRI Research Paper*, núm. 15, 2013 (<http://ssrn.com/abstract=231494>).

Warren, S., y Brandeis, L. (1995), *El derecho a la intimidad*. Madrid, Cívitas.

Wasserstrom, R. (1984), Privacy. Some Arguments and Assumptions, en Schoeman, F. (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 317-332.

Últimos Documentos de Trabajo publicados

- 185/2014. **Los parados de larga duración en España en la crisis actual.** Sara de la Rica y Brindusa Anghel.
- 184/2014. **Medidas sociales para combatir el fraude fiscal en España.** María Goenaga Ruiz de Zuazu.
- 183/2014. **El copago sanitario: resultados para el sistema sanitario y los pacientes.** Manuel Martín. García.
- 182/2014. **La privatización de la asistencia sanitaria en España.** Marciano Sánchez Bayle.
- 181/2013. **Gestión pública del hecho religioso en España.** José M.^a Contreras Mazarío.
- 180/2013. **Identidad social, pluralismo religioso y laicidad del Estado.** Ana Fernández-Coronado y Gustavo Suárez Pertierra.
- 179/2013. **El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español.** Fernando Amérigo y Daniel Pelayo.
- 178/2012. **Los ciudadanos españoles ante la crisis.** Olga Salido.
- 177/2012. **La Economía Social y la atención a la dependencia. Propuestas para contribuir al desarrollo de los servicios de atención de la dependencia y a la generación de empleo estable y de calidad.** Antonio Jiménez Lara y Ángel Rodríguez Castedo.
- 176/2012. **La integración de las energías renovables en el sistema eléctrico.** Alberto Carbajo Josa.
- 175/2011. **Los sindicatos españoles: voz e influencia en las empresas.** Carmen García-Olaverri y Emilio Huerta.
- 174/2011. **Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis.** Agustín Cañizares Ruiz y Álvaro Santos Gómez.
- 173/2011. **Una nueva Ley General de Sanidad para sostener el Sistema Nacional de Salud.** Javier Rey del Castillo.
- 172/2011. **Reflexiones sobre la atención primaria de salud.** Antoni Dedeu, Carolina Lapena, Tino Martí, Josep M.^a Monguet y Josep M. Picas.
- 171/2011. **La evaluación de tecnologías sanitarias en España.** Oriol de Solà-Morales.
- 170/2011. **Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas.** Emilio Guichot Reina.
- 169/2011. **Los excluidos también pueden votar: abstención y exclusión social en España.** Braulio Gómez Fortes y Manuel Trujillo Sánchez.
- 168/2011. **El significado y el contenido del centro ideológico en España.** Mariano Torcal Oriente.

Notas

ⁱ El texto aprobado por el Parlamento Europeo puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>.

ⁱⁱ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/139197.pdf

ⁱⁱⁱ http://fr.wikisource.org/wiki/Charte_du_droit_%C3%A0_l%27oubli_dans_les_sites_collaboratifs_et_les_moteurs_de_recherche.

^{iv} El término “efecto Streisand” tiene su origen en las consecuencias que para la actriz Barbra Streisand tuvo su pretensión de que determinada fotografía de su casa en Malibú fuera retirada de una página web. Lo que era un dato de difusión muy limitada, fue objeto de una publicidad muy intensa como consecuencia del intento de prohibición (al respecto, http://es.wikipedia.org/wiki/Efecto_Streisand). Algo parecido sucede, por ejemplo, con el uso de la opción de Google Street View de poder pedir que una finca particular no sea visible. La finca en cuestión aparece en las imágenes del buscador como tachada, de modo que la ausencia puede resultar más llamativa y generar el efecto indeseado de atraer la atención de los curiosos o los ladrones (sobre esto, Mayer-Schönberger/Cukier, 2013:192).

^v En el escrito de conclusiones se contiene la siguiente nota sobre el término entrecomillado: “Thomas Bowdler (1754-1825) publicó una versión aséptica de la obra de William Shakespeare que intentaba ser más adecuada para las mujeres y los niños del s. XIX que la original”. La expresión puede entenderse como versión edulcorada.