

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet»

ARTÍCULO

El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo

Una reconsideración del derecho a ser olvidado

 Norberto Nuno Gomes de Andrade

Fecha de presentación: noviembre de 2011

Fecha de aceptación: noviembre de 2011

Fecha de publicación: febrero de 2012

Resumen

Este artículo propone una nueva conceptualización del derecho a ser olvidado, argumentando a favor de su construcción teórica y aplicación concreta amparadas en el derecho a la identidad. Desde esta perspectiva, el artículo pretende arrojar una nueva luz sobre el derecho a ser olvidado contribuyendo a una conceptualización y una exigibilidad más desarrolladas al tiempo que aclara su ámbito de aplicación.

Basándose en la distinción entre el derecho a la identidad y el derecho a la privacidad, el artículo presenta las ventajas de relacionar el derecho a ser olvidado con el derecho a la identidad. Con esa conceptualización basada en el derecho a la identidad, se afirma que el derecho a ser olvidado también debe aplicarse al contenido generado por los usuarios y la información tratada para fines personales eliminando la exención para actividades domésticas establecida en la directiva europea sobre protección de datos. El artículo también sostiene que el derecho al olvido, enmarcado como parte del derecho a la identidad personal, también debe abordar hechos públicos e información, ofreciendo una justificación racional y más fuerte con la que alcanzar un equilibrio mejor y más justo con el derecho a la libertad de información con el que compete.

En el artículo se comentan los conflictos de derechos más relevantes que el derecho a ser olvidado tendrá que abordar, es decir, el conflicto con la libertad de expresión y el conflicto con la necesidad de preservar la memoria social.

Como ramificación del derecho a la identidad, el derecho a ser olvidado se presenta como el derecho a ser diferente, no de los demás sino de uno mismo, es decir, de lo que uno era antes. El derecho a ser olvidado también subraya el proceso de creación de identidad no solo constructivo, sino también deconstructivo.

Palabras clave

derecho a ser olvidado, derecho a la identidad personal, privacidad, protección de datos

Tema

Ley sobre tecnologías informáticas, Ley de protección de datos

Oblivion: The Right to Be Different ... from Oneself Reproposing the Right to Be Forgotten

Abstract

This article proposes a new conceptualization of the right to be forgotten, arguing in favour of its theoretical construction and concrete application under the umbrella of the right to identity. Following this perspective, I intend to shed new light on the right to be forgotten, contributing to a more developed conceptualization and enforceability while clarifying its scope of application.

Based on the distinction between the right to identity and that of privacy, the paper presents the advantages of associating the right to be forgotten with the right to identity. Through this identity-oriented conceptualization, I claim that the right to be forgotten should also be applied to user-generated content and information processed for personal purposes, overriding the 'household exemption' established in the European Data Protection Directive. I also argue that the right to oblivion, framed as part of the right to personal identity, should address public facts and information, providing a stronger rationale and justification to attain a better and fairer balance with the competing right to freedom of information.

The article then comments on the most relevant conflicts that the right to be forgotten will have to address vis-à-vis the freedom of expression and the need to preserve social memory.

As a branch of the right to identity, the right to be forgotten is presented as the right to be different, not from others but from oneself, i.e. from the one(s) we were before. The right to be forgotten also underlines the process of identity creation as not only constructive but also de-constructive.

Keywords

right to be forgotten, right to personal identity, privacy, data protection

Topic

IT Law, Data Protection Law

1. Introducción

1.1. El resurgimiento del debate y la convergencia hacia la adopción de un derecho a ser olvidado

El derecho a ser olvidado, también conocido como el derecho al olvido, *droit à l'oubli* (en francés) o *diritto all'oblio* (en italiano), es un instrumento jurídico complejo

e intrigante. El debate sobre este derecho, definido como «el derecho a silenciar acontecimientos pasados de la vida que ya no ocurren»,¹ se ha retomado recientemente en Europa. Debido a los sobresalientes desarrollos de las TIC, es decir, la digitalización y la proliferación de la información,² y su almacenamiento por defecto, se ha planteado inexorablemente la cuestión de la necesidad, oportunidad y viabilidad de un instrumento jurídico específico y más amplio para eliminar información.

1. Pino, 2000, pág. 237.

El tema del derecho a ser olvidado plantea la cuestión de conceder (o no) a los usuarios de Internet la posibilidad de suprimir los datos personales (como imágenes, textos, opiniones, documentos oficiales, certificados y cualquier otro tipo de datos personales que describen los comportamientos y acciones pasadas) de la lista de resultados servida por los motores de búsqueda o publicados en sitios web, redes sociales, blogs, etc. De hecho, esa cuestión -muy centrada en el derecho a ser olvidado- se ha explorado en debates políticos,³ encuestas,⁴ casos judiciales,⁵ propuestas legislativas,⁶ escritos académicos⁷ e iniciativas tecnológicas.⁸

Hay, pues, una convergencia generalizada y consensuada al parecer hacia la adopción y la consagración de un dere-

cho a ser olvidado. Sin embargo, centrándose concretamente en el aspecto legal, se ha hecho poco esfuerzo en la teorización del derecho a ser olvidado. El ejercicio que me propongo desarrollar en la siguiente sección es examinar el derecho a ser olvidado de una forma ligeramente diferente a la que generalmente se sigue. Así que voy a ir más allá de la caracterización del derecho al olvido como una simple etiqueta o dimensión del derecho a la privacidad. En este sentido, voy a reconstruir el retrato del árbol genealógico del derecho a ser olvidado, vinculándolo no al derecho a la privacidad o la protección de datos, sino al derecho a la identidad. Para ello, voy a necesitar, en primer lugar, distinguir y articular claramente estos tres derechos diferentes.⁹

2. La humanidad nunca antes ha producido, almacenado e intercambiado una cantidad tan impresionante de información. Con más de 1.970 millones de usuarios de Internet en todo el mundo, hoy en día, cada mes se comparten un promedio de 30 mil millones de artículos de contenido (enlaces, noticias, blogs, notas, álbumes de fotos, etc.) en Facebook, se crean 235 nuevos sitios web cada 90 segundos, se publican en Twitter más de 119 millones de mensajes todos los días, se cargan 35 horas de videos en YouTube cada minuto, y 1,2 millones de editores publican 11 millones de artículos al mes (<http://www.onlineschools.org/state-of-the-internet/soti.html>).
3. El derecho al olvido se ha propuesto recientemente como un derecho explícito que debe consagrarse en legislación específica. Para ello, tanto en Francia como en Italia se han presentado propuestas legislativas en este sentido. En Francia, además, se ha adoptado un código de buenas prácticas sobre el derecho a ser olvidado en las redes sociales y motores de búsqueda (*Charte du droit à l'oubli numérique dans les sites collaboratifs moteurs et de recherche*), de subscripción voluntaria. En la UE, la Comisión Europea (CE) ha propuesto la promulgación de un derecho específico a ser olvidado dentro de su proyecto de revisión del marco legal de protección de datos. Como se indica en la comunicación *Un enfoque integral sobre protección de datos personales en la Unión Europea*, la CE «examinará las formas de aclarar el llamado derecho a ser olvidado, es decir, el derecho de las personas a que sus datos no se traten y se eliminen cuando ya no sean necesarios para fines legítimos» (CE, 2010, pág. 8). El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), en este sentido, ha ido más allá, proponiendo la codificación del derecho al olvido (SEPD, 2011, pág. 19).
4. Según los resultados de una encuesta muy reciente sobre las actitudes de los ciudadanos de la UE y los comportamientos en materia de gestión de identidad, protección de datos y privacidad, una clara mayoría de los europeos (75%) apoya el derecho a ser olvidado. Como se indica en el informe, quieren ser capaces de borrar la información personal en un sitio web cada vez que deciden hacerlo (CE, 2011).
5. El derecho a ser olvidado también se ha invocado en litigios y casos judiciales. Un caso reciente es el de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que ordenó a Google que retirara de sus listas de búsqueda casi 100 enlaces a sitios web que contenían información caduca o inexacta sobre ciertas personas, alegando el incumplimiento del derecho a la privacidad de los sujetos y, sobre todo, de su derecho a ser olvidados.
6. Véase la reciente propuesta de la Comisión Europea de un Reglamento general de protección de datos (CE, 2012), en particular el artículo 17 «Derecho al olvido y a la supresión».
7. Algunos académicos también han presentado sugerencias originales que forman modalidades interesantes de un derecho al olvido. Este es el caso de la idea de la *quiebra de la reputación* de Zittrain. Según el profesor de Harvard, a la gente se le permitiría declarar una quiebra de reputación cada diez años aproximadamente, dejando su reputación en blanco (eliminando ciertas categorías de calificaciones u otra información sensible) y empezar de nuevo (Zittrain, 2008, pág. 229). También se han presentado propuestas innovadoras para hacer cumplir un verdadero derecho a ser olvidado. Este es el caso de Mayer-Schönberger, quien en su libro *Delete: the virtue of forgetting in the digital age* (2009), sostiene que la tecnología digital y las redes globales están erosionando nuestra capacidad natural para olvidar y propone establecer fechas de caducidad de la información.
8. Varios investigadores de la Universidad de Washington han desarrollado una tecnología llamada Vanish que hace que los datos electrónicos se autodestruyan tras un período determinado (Rosen, 2010). Entre las muchas herramientas que permiten a los usuarios extraer datos de los sitios sociales, también se puede mencionar la empresa alemana de nueva creación X-Pire, que lanzó un programa de software que permite a los usuarios adjuntar fechas de caducidad digitales a las imágenes cargadas en sitios como Facebook (<http://www.x-pire.de/index.php?id=6&L=2>).
9. Para una explicación mas detallada sobre la diferencia entre los derechos de protección de datos, privacidad e identidad y su articulación, véase Andrade 2011.

2. Protección de datos - Privacidad - Identidad

Para entender el derecho al olvido, primero tenemos que situarlo en el marco jurídico vigente. Dado que el reciente debate sobre la adopción de un derecho general a ser olvidado se refiere a la cuestión de si los usuarios de Internet deberían tener derecho o no a borrar la información personal que circula en Internet, el lugar natural para volver a conceptualizar el derecho a ser olvidado parece ser el marco legal que regula el tratamiento de los datos personales, es decir, la legislación sobre protección de datos.¹⁰

El siguiente paso es analizar el conjunto más amplio de los derechos en virtud de los cuales el derecho a ser olvidado opera dentro de la legislación sobre protección de datos. Aquí nos encontramos no solo el derecho a la protección de datos, sino también el derecho a la privacidad y el derecho a la identidad. Es importante distinguir estos tres derechos para comprender mejor el derecho al olvido y para sustentar su conceptualización en el marco del derecho a la identidad. Por lo tanto, en primer lugar, y en términos muy sintéticos, distinguiré la protección de datos de la privacidad y la identidad. Luego, haré la distinción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la identidad.

2.1. Protección de datos frente a privacidad/ identidad

Para entender las diferencias subyacentes en el alcance, la naturaleza y la razón de ser entre estos tres derechos, es importante reconocer y calificar el derecho a la protección de datos como un derecho procesal, mientras que el derecho a la privacidad y el derecho a la identidad son derechos sustantivos.

Los derechos sustantivos se crean para garantizar la protección y promoción de los intereses que el individuo humano y

la sociedad considera que es importante defender y preservar. Los derechos procesales funcionan a un nivel diferente, establecen reglas, métodos y condiciones para que los derechos sustantivos se apliquen y protejan eficazmente. La protección de datos, como tal, no representa directamente un valor o interés *per se*, prescribe los procedimientos y métodos para lograr el respeto de los valores encarnados en otros derechos -como el derecho a la privacidad, a la identidad, a la libertad de información, a la seguridad o a la libertad de religión. Los requisitos de procedimiento, como los relativos a la transparencia, la accesibilidad y la proporcionalidad, funcionan como condiciones indispensables para la articulación y coordinación entre diferentes intereses y derechos.¹¹ Por tanto, es erróneo reducir la protección de datos a la privacidad,¹² ya que la primera protege un conjunto mucho más amplio de intereses y derechos. Según este marco, el derecho a ser olvidado es un derecho de protección de datos, ya que establece un procedimiento específico (la posibilidad de solicitar la eliminación de la información) con el fin de lograr la protección de un interés y derecho sustantivo determinado. La pregunta que surge es definir ¿qué interés protege el derecho a ser olvidado: privacidad o identidad?

2.2. Privacidad frente a identidad

El derecho a la privacidad y el derecho a la identidad comparten el mismo ADN. Ambos forman parte de un conjunto más amplio de derechos llamados derechos de la personalidad y, como tales, ambos derivan de los derechos fundamentales a la dignidad y la autodeterminación. Sin embargo, hay diferencias importantes entre estos dos derechos.

El derecho a la identidad se puede definir, de una manera muy básica, como el derecho a que las señas, los atributos o las facetas de la personalidad que son características de una persona en particular (como la apariencia, el nombre, el carácter, la voz o la historia de su vida) sean reconocidos

10. Como hemos visto en la reciente propuesta de la Comisión Europea, es en el ámbito de esa legislación que se considera la posibilidad concreta de borrar los datos personales propios.
11. La aplicación de la directiva de protección de datos es un excelente ejemplo de un ejercicio de procedimiento de este tipo. Para conciliar el derecho a la intimidad con el libre intercambio de información, en el mercado interior, la directiva establece una serie de directrices y principios de procedimiento para lograr ese equilibrio (los principios básicos que se resumen en el artículo 6 de la directiva de protección de datos).
12. En efecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, adquirió efecto jurídico vinculante en igualdad con los Tratados) ya establece la protección de datos como un derecho independiente y autónomo (artículo 8) distinto del derecho a la privacidad (consagrado en el artículo 7).

y respetados por los demás. La jurisprudencia italiana añadió una dimensión más sustantiva al derecho a la identidad personal y lo describió como «el derecho que todo el mundo tiene a comparecer y ser representado en la vida social (en especial por los medios de comunicación) de una manera que se corresponda, o que por lo menos no falsee o distorsione, su identidad personal».¹³ Según esta afirmación, el derecho a la identidad personal se refiere a la imagen correcta que uno quiere proyectar en la sociedad. A un nivel más general, el derecho a la identidad puede definirse como el «derecho a ser uno mismo»,¹⁴ es decir, el derecho a ser diferente de los demás, el derecho a ser único. Como ha observado Neethling, el derecho a la identidad de una persona refleja el «interés definitivo e inalienable en la singularidad de su ser».¹⁵ Según esta conceptualización, la identidad de una persona se vulnera si cualquiera de sus señas se usan sin autorización de modos que no puedan conciliarse con la identidad (y la imagen o proyección social) que quería transmitir.

Después de haber dicho en otro lugar que la definición excesivamente amplia del derecho a la privacidad, seguido por la doctrina dominante en este campo, ha socavado y pasa por alto el concepto y el derecho a la identidad, entiendo el derecho a la privacidad en términos más delimitados de los que generalmente se establecen. El derecho a la privacidad protege un interés que se ha definido como «una condición personal de vida que se caracteriza por la reclusión del público y, por lo tanto, carencia de conocimiento por el público».¹⁶ En estos términos, la privacidad solo se puede vulnerar mediante el conocimiento no autorizado de terceras personas de hechos y asuntos privados.

Para recapitular, la privacidad -vista desde una perspectiva más clásica y delimitada como un derecho a la opacidad o al aislamiento- se refiere principalmente a la ocultación de algunos aspectos particulares del conocimiento público y la protección de la información divulgada de la esfera pública. La identidad, en cambio, se refiere a la transmisión de información a la esfera pública, es decir, a su correcta expresión y representación a ojos del público. Además, según esta distinción, cada derecho

se vulnera y viola de manera diferente. El derecho a la identidad se vulnera si la persona A hace uso de las señas de identidad (atributos) de la persona B de una manera contraria a la forma en que la persona B percibe su identidad (cuando la identidad de la persona B se falsifica o cuando se transmite una imagen errónea de su personalidad). El derecho a la privacidad, en cambio, solo se vulnera si se revelan al público hechos privados relacionados con una persona.

Esta distinción es de vital importancia para la conceptualización del derecho a ser olvidado amparándolo en el derecho a la identidad. Como veremos en la siguiente sección, argumento que el derecho al olvido se debe entender como un derecho de protección de datos (un derecho de procedimiento) que principalmente persigue y protege un interés de identidad (un derecho sustantivo) que se propone hacer cumplir el derecho de un individuo a la identidad personal.

3. El derecho a ser olvidado: una perspectiva de identidad

El derecho a ser olvidado, como el derecho de los individuos a hacer que se elimine información sobre ellos después de un cierto período de tiempo, no solo atañe a un interés fundamental de la identidad, sino que también desarrolla y enriquece la conceptualización del derecho a la identidad personal. El derecho al olvido subraya no solo el derecho a ser diferente de los demás, sino también el derecho a ser diferente de uno mismo, es decir, de uno mismo en el pasado. Este es un matiz muy importante, ya que llama la atención sobre el papel esencial que desempeña el derecho a ser olvidado para permitir la deconstrucción de la identidad antes de poder construir una identidad nueva y diferente.

Partiendo de la afirmación fundamental de que el derecho al olvido debe estar anclado en el derecho a la identidad, en esta sección se describen las principales ventajas que ofrece esta reconceptualización.

13. Pino, 2000, pág. 225.

14. Esta expresión corresponde a la definición dada al derecho a la identidad por el Tribunal Constitucional italiano, *diritto ad essere sé stesso* (3.2.1994, n.13). Para un análisis más profundo, véase Pino, 2003 y Trucco, 2004.

15. J. Neethling, Potgieter y Visser, 1996, pág. 39.

16. Johann Neethling, 2005, pág. 233.

3.1. Ámbito de aplicación más amplio

3.1.1. Hechos públicos

Como mucha de la información que los individuos desean eliminar ya está en el registro público (siendo esa precisamente la razón de que la quieran eliminar), se han planteado objeciones con respecto a la calificación del derecho a ser olvidado como un derecho a la privacidad. En este sentido y como Gutwirth ha observado, «[...] es muy dudoso que ese *derecho a ser olvidado* pueda interpretarse como una ramificación del derecho a la privacidad, ya que la mayoría de los conflictos de tiempo conciernen a hechos públicos (por ejemplo, las personas involucradas como víctimas o como testigos de un crimen) que no están protegidas por el derecho a la privacidad».¹⁷ El argumento básicamente dice que, dado que los derechos de privacidad solo se ocupan de la información privada, no pueden abordar la información pública y tratarla como privada. Esta objeción implica cuestiones de libertad de expresión (en concreto, de libertad de prensa), ya que generalmente se considera que la prensa puede divulgar la información que forme parte de un registro público.¹⁸

Teniendo en cuenta que el derecho a la privacidad trata de proteger que la información privada se divulgue a la esfera pública, mientras que el derecho a la identidad atañe a la transmisión de información a la esfera pública, concretamente a su proyección y representación correcta ante el público, el derecho a ser olvidado solo puede referirse a la información que ya es de dominio público (hechos públicos) si se considera como una ramificación del derecho a la identidad y no del derecho a la privacidad. En otras palabras, la introducción de un derecho al olvido relacionado con el derecho a la identidad personal soluciona el problema identificado anteriormente, lo que le permite abordar también los hechos y la información que ya han sido divulgados al público. El objetivo del derecho al olvido, en muchos casos, no es ocultar información privada del conocimiento público, sino eliminar información pública y así evitar una divulgación más amplia.

3.1.2. La información descontextualizada

Recapitulando la distinción entre el derecho a la privacidad y a la identidad presentados anteriormente, se debe tener en cuenta que el derecho a la identidad atañe a todos los datos personales –sin importar si son ciertos o no– que puedan falsificar o transmitir una imagen errónea de la propia identidad. El derecho a la privacidad, en cambio, comprende solo los hechos personales que forman parte de la esfera privada y que no son (o no deberían ser) de dominio público. Como Pino añade, es posible «distinguir el derecho a la identidad personal tanto de la reputación como de la privacidad. En el primer caso, en efecto, cabe señalar que las declaraciones falsas no tienen que ser necesariamente difamatorias: la identidad personal puede ser violada también por la atribución de (falsos) méritos. En el caso de la privacidad, en cambio, la protección legal no se refiere a la exposición correcta de la personalidad a los ojos del público, sino más bien el interés del interesado de no ser expuesto».¹⁹ Respecto a esto último, me gustaría añadir y especificar que el derecho a la privacidad solo protege el interés del individuo de ocultar hechos o aspectos ciertos del conocimiento público.

Una vez aclarado el espacio conceptual y el tipo de información protegida por el derecho a la privacidad y a protegerse de la difamación, seguimos con un tipo específico de información que no está regulada por ninguno de estos derechos: la información descontextualizada, es decir, falsa en última instancia (pero no calumnias o difamaciones) o no necesariamente veraz. Este es exactamente el tipo de información que atañe al derecho a ser olvidado desde una perspectiva de identidad, es decir, la información que con el paso del tiempo queda descontextualizada, distorsionada, anticuada, que ya no es verdad (pero no necesariamente falsa) y que ofrece al público una representación errónea de la identidad del individuo.

En resumen, la asociación del derecho a la identidad personal con el derecho a ser olvidado permite a este último hacer frente a ciertas categorías de información que su conceptualización como un derecho a la privacidad no le permitirían cubrir. Es el caso de la información pública y descontextualizada (ya no verdadera). En otras palabras,

17. Gutwirth, 2009.

18. En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* (1975) y *Florida Star v. B.J.F.* (1989), que afirman que los periodistas tienen derecho a publicar la información pública.

19. Pino, 2000.

el derecho a ser olvidado, como parte del derecho a la identidad, interviene en los espacios no cubiertos por la protección contra la difamación y el derecho a la privacidad, abarcando la información que, o bien pertenece ya al dominio público o que ya no es verdad (pero no necesariamente constituye difamación) dado el paso del tiempo y la ocurrencia de otros acontecimientos. El derecho a la identidad personal, de esta manera, mejora la admisibilidad y la aplicación del derecho a ser olvidado, ampliando su ámbito de aplicación.

3.1.3. La exención de las actividades domésticas y la prevalencia infalible del derecho a la libertad de expresión

Por regla general, la directiva de protección de datos se puede aplicar siempre que haya tratamiento de datos personales (es decir, datos relativos a una persona física identificada o identificable). Sin embargo, se contemplan exenciones y la directiva no se aplica, por ejemplo, a las personas que tratan datos personales «en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas». En otras palabras, los principios y normas de protección de datos no se aplican a las personas que usan datos personales solo para sus propios fines domésticos y recreativos.

Dada la confusión cada vez mayor entre los lugares, actividades o fines públicos y privados permitidos por el desarrollo de las TIC, lo que la directiva de protección de datos entendía por «actividades exclusivamente personales» en el año 1995 es hoy muy cuestionable. Con el establecimiento de la exención para actividades domésticas, a mediados de los noventa, la directiva de protección de datos partía de la suposición de que los datos personales tratados para fines domésticos no planteaban riesgos de privacidad o problemas de responsabilidad por parte de los responsables del tratamiento, ya que solo tratarían esos datos para sus pro-

prios fines privados. La directiva también suponía que el tratamiento de los datos para fines personales implicaría un círculo restringido de personas íntimas y, por tanto, no implicaría la expectativa o la necesidad de proteger la privacidad de los individuos identificados por esos datos. Sin embargo, la aparición y consolidación de las redes sociales están poniendo en cuestión estas hipótesis. De hecho, estos supuestos están en desacuerdo con la realidad actual. La publicación de información personal en redes sociales, incluso si se hace por razones puramente personales o recreativas, implica muchas veces la divulgación de información a grandes audiencias.²⁰ Y esto invalida la hipótesis de que los datos solo circulan dentro de un círculo restringido de personas íntimas y que su divulgación no presenta riesgos para la privacidad.²¹ Hay una necesidad urgente de aclarar las reglas aplicables al tratamiento de datos por particulares con fines privados y, además, su articulación con otra regla de excepción de la protección de datos, concretamente, el tratamiento de datos realizado exclusivamente con fines periodísticos y protegido por el derecho a la libertad de expresión (el artículo 9 de la Directiva de protección de datos). ¿Qué se debe entender por «actividades exclusivamente personales»? ¿La publicación de la información en una red social equivale a la divulgación de información para fines privados, es decir, a nuestro grupo privado (probablemente grande) de contactos seleccionados? ¿O es equiparable a la divulgación de información al público?²² Si es así, hay otra perspectiva que hay que tener en cuenta. Los particulares que divulgan información, opiniones o ideas al público -por ejemplo, en redes sociales, blogs, Youtube o Twitter- estarían entonces protegidos por la libertad de expresión y recibirían el mismo trato que los profesionales de los medios de comunicación que tratan datos «con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria». En consecuencia, estarían exentos de ciertas disposiciones de la legislación sobre protección de datos si fuese necesario conciliar el derecho a la protección de datos con las normas que rigen la libertad de expresión. Esto significa

20. El usuario promedio de Facebook tiene 130 amigos y está conectado a 80 páginas, grupos y eventos de la red social (<http://www.facebook.com/press/info.php?statistics>).

21. El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, en este sentido, ha aclarado varios casos en los que la actividad de una red social puede no quedar exenta por la excepción para actividades domésticas, concretamente «cuando la red social se utiliza como una plataforma de colaboración para una asociación o una empresa» o «cuando el acceso a la información del perfil va más allá de los contactos elegidos, en particular, cuando todos los miembros que pertenecen a la red social pueden acceder a un perfil o cuando los datos son indexables por los motores de búsqueda». Como señala en su dictamen, «un gran número de contactos puede indicar que no se aplica la excepción doméstica y el usuario podría entonces ser considerado como un responsable del tratamiento de datos» (Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, 2009, pág. 6).

22. Entonces surge una cuestión adicional: Según cuantas personas tengan acceso a esa información ¿su difusión se consideraría como tratamiento de datos personales con fines privados o como divulgación al público?

que a la mayor parte de la información divulgada en Internet y susceptible de ser eliminada (fotos en redes sociales, comentarios en blogs, vídeos en Youtube) no se le aplicarían las normas de protección de datos (ya sea como datos tratados para fines personales o protegidos por la libertad de expresión) y, por tanto, no quedaría protegida por el derecho a ser olvidado.²³

Para evitar la aplicación de la exención de las actividades domésticas²⁴ o la salvaguarda de la libertad de expresión al derecho a ser olvidado, este derecho se debe relacionar con el derecho a la identidad. Esto permitiría la posibilidad de solicitar la eliminación de información personal publicada en Internet, tanto la tratada para fines exclusivamente personales (y que no se divulga más allá del número de contactos elegidos) como la publicada para el público general y accesible a un número indefinido de personas. En cuanto a la información divulgada al público, el derecho al olvido enmarcado en el derecho a la identidad presenta una justificación más fuerte en el proceso de equilibrio con el derecho a la libertad de expresión, evitando así la prevalencia infalible de esta última. Los criterios para la aplicación del derecho a ser olvidado se referirían a la ocurrencia de una representación errónea de la identidad propia, es decir, la verificación de un desajuste entre la identidad que transmite la información obsoleta y la que el individuo desea transmitir en ese momento. En resumen, el derecho al olvido podría aplicarse sin tener en cuenta si la información en cuestión se hubiera publicado para el ejercicio de actividades domésticas o no y sin tener en cuenta si la información se hiciera accesible a un número indeterminado de personas o no. Este cambio paradigmático desde un argumento de privacidad a uno de identidad haría la exención para actividades domésticas (y todas las complejidades actuales en torno a tal disposición)²⁵ inaplicable al derecho a ser olvidado. También dotaría al derecho al olvido de una justificación más fuerte para el

equilibrio y la articulación con el derecho a la libertad de expresión cuestionando su prevalencia infalible. Con esta nueva conceptualización (basada en el derecho a la identidad), el derecho a ser olvidado vería su ámbito de aplicación considerablemente ampliado.

3.2. La identidad como la raíz normativa del derecho al olvido

La conceptualización propuesta del derecho a ser olvidado no solo tiene sentido desde un punto de vista de la identidad, sino que también contribuye a un mayor desarrollo de la concepción moderna de la identidad, reforzando su comprensión «antiesencialista».²⁶

Siguiendo a Pino en este asunto, la identidad personal no debe ser caracterizada como inmutable y contingente, algo que se tiene *per natura*. La identidad es más bien una construcción cultural y social, algo que elegimos, construimos y respetamos.²⁷ La identidad personal se debe percibir como una cuestión de opciones, un proceso de negociación continua (con nosotros mismos y con los demás), no predeterminada y unívoca, sino que se puede revisar y cambiar constantemente. El derecho a ser olvidado se erige como un importante instrumento para ser usado en el proceso de negociación, ampliando más opciones, permitiendo identidades futuras mediante la eliminación de las anteriores.

Se pueden encontrar ideas similares en la conceptualización de la identidad personal como una narrativa²⁸ según la cual las identidades personales se conciben y se entienden mejor como historias (que nos contamos a nosotros mismos y a los demás). Según esa conceptualización, las identidades no solo son nómadas, cambiando según el

23. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estas posibles exenciones de las leyes de protección de datos no excluyen la posibilidad de que los titulares de los datos personales puedan usar recursos civiles y penales desarrollados bajo la legislación nacional para hacer efectivo su derecho a la vida privada (contra bloggers privados, usuarios de Twitter, etc.).

24. Sin embargo, y como el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 observó: «cabe señalar que, aunque se aplique la exención doméstica, un usuario puede ser responsable en virtud de las disposiciones generales del derecho civil o penal nacional en cuestión (en particular, difamación, responsabilidad por violación del derecho a la personalidad o responsabilidad penal)» (Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, 2009, pág. 7).

25. Para una explicación detallada de la situación en la que las actividades de un usuario de una red social están cubiertas por la exención para actividades domésticas o no, véase Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, 2009.

26. Pino, 2010, pág. 297.

27. Pino, 2010, pág. 297.

28. Ricoeur, 1992.

movimiento de la historia, sino que también permanecerán abiertas a la revisión. Teniendo en cuenta la idea de la identidad personal como una narrativa, y ampliándola un poco más, la cuestión que subyace al derecho al olvido es la posibilidad de hacer que las partes de nuestra identidad narrativa se borren, evitando que sean accesibles y reconocidas por el público en general. En este sentido, el derecho a ser olvidado amplía el alcance del derecho a la identidad personal, abarcando no solo el derecho a construir la futura historia de nuestra identidad, sino también el derecho a borrar nuestro pasado. El derecho a ser olvidado, de esta manera, juega un papel esencial no en el proceso de construcción de la identidad, sino en el proceso de deconstrucción de la identidad, permitiendo construir después identidades nuevas y diferentes.

La conceptualización del derecho al olvido desde la perspectiva de la identidad, por otra parte, sigue la línea *antiesencialista* mediante la cual la ley ha estado regulando la identidad personal. De hecho, la ley ha dotado a los individuos con más y más instrumentos legales con los que pueden influir y cambiar aspectos de su identidad. Las personas, hoy en día, tienen derecho a romper las cadenas de filiaciones, modificar nombres, abandonar nacionalidades y cambiar de sexo.²⁹ El derecho a eliminar parte de nuestra identidad parece encajar muy bien en esta forma de entender y tratar la identidad personal que la ley apoya desde hace tiempo.

En esta propuesta de conceptualización, se debe tener en cuenta que, al contrario de otros derechos de la personalidad, la identidad personal cambia con la evolución y el envejecimiento de la persona.³⁰ Añadiendo a esta particularidad una de las principales justificaciones del derecho a la identidad personal -el derecho a que no se falsee o malinterprete nuestra identidad, parece que los caracteres variables y cambiantes de la identidad personal exigen el derecho a que

los demás reconozcan y confirmen nuestra identidad más reciente y actual.³¹ Esto implica, a su vez, el derecho a hacer que se eliminen los rastros anteriores de la propia identidad (tanto si van en contra de nuestra identidad real y actual como si no), es decir, hacer que se borren los datos y las acciones representativas de identidades pasadas (si así lo deseamos). Ya que solo olvidando las identidades pasadas podemos hacer que prevalezca la identidad real, el derecho a ser olvidado puede desarrollar un papel muy importante para que una persona pueda reconstruir su narrativa identitaria, teniendo la certeza de que las identidades pasadas no ponen en peligro ese proceso.

En este sentido, el derecho al olvido parece encontrar una raíz normativa adecuada en el derecho a la identidad personal. De hecho, el derecho a ser olvidado está en el núcleo del interés y valor principales que trata de lograr el derecho a la identidad personal: el interés por la propia singularidad, el interés por ser diferente de los demás y de uno mismo, es decir, del que uno era antes. En consecuencia, el derecho al olvido -como parte del derecho a la identidad personal- está íntimamente ligado a la capacidad de reinventarse, de tener una segunda oportunidad, de empezar de nuevo y presentar una identidad renovada al mundo.

4. Conflictos y equilibrios

El control perfecto y completo sobre la propia proyección y construcción de la identidad no solo es indeseable, sino también imposible. Como constructo social, la identidad personal incluye la propia autopercepción (*ipse*, cómo una persona se percibe a sí misma), así como la percepción que otros tienen de nosotros mismos (*idem*, cómo nos perciben y representan los otros).³² En otras palabras, nuestra identidad personal está también (e inexorablemente) construida

29. Pousson, 2002, pág. 529; De Hert, 2008, pág. 12.

30. Niger, 2008b, pág. 125.

31. Continuando con este punto de vista, Niger observa que la necesidad de proteger la propia proyección en la realidad de la sociedad, teniendo en cuenta lo que uno es y expresa mediante su presencia social actual, tiene una importancia enorme. El pasado de una persona, siempre y cuando no sea necesario para definir la propia presencia social real y actual, debería permanecer en el olvido, concretamente, cuando su recuerdo puede alterar su posición actual. (Niger, 2008a - traducción del autor)

32. Esta distinción equivale a la diferencia entre la identidad *ipse* e *idem*: «[i]dem (el mismo) se refiere a la tercera persona, la perspectiva de observación objetiva de la identidad como un conjunto de atributos que permite la comparación entre las personas, así como una única identificación, mientras que *ipse* (uno mismo) representa la perspectiva en primera persona que constituye un *sentido de uno mismo*. Su intersección permite la construcción de la identidad de una persona» (M. Hildebrandt, 2009, pág. 274). Véase también Mireille Hildebrandt, 2006. Paul Ricoeur (1992) fue el primero en proponer esta distinción en filosofía.

por terceras personas, está conformada por las percepciones que *otros* tienen de nosotros. Hay, pues, un diálogo inevitable entre el individuo y los otros en el proceso de construcción de identidad personal. Esto significa que las peticiones de supresión de información relativa a la identidad personal también deben tener en cuenta los intereses que los demás (como colectividad) pueden tener en el mantenimiento de dicha información y la correspondiente identidad de las huellas *vivas*.

A pesar de los argumentos presentados en favor del desarrollo de un derecho a ser olvidado, es sumamente importante tener en cuenta que el derecho al olvido no es un derecho absoluto. De hecho, el derecho a ser olvidado vive en permanente tensión y conflicto con otros derechos, intereses, valores y objetivos. Un ejemplo claro se puede encontrar en las leyes de protección de datos que prescriben la obligación de conservar los datos durante períodos de tiempo determinado. Impulsadas por motivos de seguridad pública (entre otros), esas leyes chocan con el derecho a ser olvidado. Entre los muchos otros ejemplos que podrían citarse, en esta sección se resumen dos de los principales conflictos que el derecho a ser olvidado tendrá que abordar.

4.1. El derecho a ser olvidado frente a la libertad de expresión/información

El interés (privado) y el derecho a ser olvidado tiene que equilibrarse y articularse con otros de los derechos e intereses en conflicto. Este es el caso del interés público y social a acceder a la información (derecho a la información), y del derecho a la libertad de expresión³³ (el derecho de la prensa a informar, que también incluye el derecho de las personas a ser informadas).

La propuesta de la Comisión Europea de establecer el derecho al olvido en la próxima revisión del marco legal de la protección de datos ha generado reacciones negativas, concretamente, en los Estados Unidos, donde la libertad de expresión se defiende y apoya con firmeza.³⁴ Estas objeciones son un resurgimiento del conflicto clásico entre la privacidad y la libertad de información. Los que sostienen el derecho a la información y la libertad de expresión en detrimento del derecho al olvido argumentan que el derecho de eliminar información sobre uno mismo equivale a un derecho a impedir que la gente hable acerca de una persona. Mayes, argumentando en contra del derecho a ser olvidado, ha comentado lo siguiente: «el olvido puede sonar atractivo para algunos, pero convertirlo en derecho degrada el concepto de derechos. En lugar de ser algo que encarna la relación entre el individuo y la sociedad, pretende que la relación no existe. El derecho a ser olvidado... es un producto de nuestra imaginación».³⁵

En contra de esta opinión, creo que es importante reconocer que el derecho al olvido abarca mucho más que la mera intención de ocultar al individuo de la sociedad (perspectiva de la privacidad). El derecho a ser olvidado es un instrumento mediante el cual los individuos corrigen y vuelven a proyectar sus imágenes a la sociedad (perspectiva de la identidad). Es en estos términos, como el derecho a transmitir la propia imagen e identidad que uno desea a la opinión pública, que el derecho al olvido se debe equilibrar y articular con el derecho a la libertad de información y la libertad de expresión. De esta manera, el derecho a ser olvidado no pasa por alto la relación entre el individuo y la sociedad. Por el contrario, el derecho a ser olvidado asume y parte de su existencia, reequilibrando de la forma en que se representa al individuo (y su identidad *ipse*) en la sociedad (identidad *idem*).

33. Véase el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

34. Es interesante señalar que el derecho a ser olvidado no está protegido en los Estados Unidos, donde prevalecen el derecho a informar y el derecho a la libertad de expresión. Este hecho es consecuencia de la cada vez más amplia protección de la Primera Enmienda de la libertad de prensa y una clara preferencia por esta última sobre la privacidad de los individuos. Para más detalles sobre el enfrentamiento entre Europa y los Estados Unidos sobre la tensión entre el derecho a informar y el derecho a ser olvidado, véase Werro, 2009.

35. Mayes, 2011.

4.2. El derecho a ser olvidado frente al derecho a la memoria y la objetividad

Otro conflicto recurrente con el que se enfrentará el derecho al olvido atañe a la necesidad de preservar la memoria colectiva e histórica.³⁶ En este caso, el derecho a ser olvidado entra en conflicto con el interés histórico de mantener y archivar información de la actualidad. A diferencia de cualquier otro período en la historia, cada uno de nosotros crea un registro en línea de nuestras vidas, la compilación de nuestro legado digital personal. Como Paul-Choudhury señala, «todos estos datos resultarán fascinantes para los sociólogos, los arqueólogos y antropólogos que estudien los albores de la era digital. Para ellos, la vida cotidiana puede ser tan interesante como los momentos trascendentales que definen la época».³⁷

Este *argumento conservacionista*, sin embargo, parece ir de un extremo a otro, anunciando y celebrando el paso de un período en que la investigación histórica trataba de describir el pasado a partir de fuentes muy escasas a un período en el que la investigación histórica no deja abandonar el pasado, manteniéndolo vivo y actualizado preservando hasta el dato más nimio. La capacidad de eliminar parte de la propia identidad no se debe sacrificar, en la mayoría de los casos, en aras de este tipo de consultas *históricas*. De hecho, la investigación sobre un grupo particular (durante un período determinado) no siempre necesita el escrutinio de información personal, ya que los datos anónimos sirven para esos propósitos.

Otro argumento de los preservacionistas es el de la objetividad. En la disputa judicial entre la Agencia Española de Protección de Datos y Google, como se describió anteriormente, el motor de búsqueda se negó a eliminar los enlaces afirmando que estas acciones, si se hacen sistemáticamente, pondrían en peligro la objetividad de Internet y la transparencia de los motores de búsqueda. Los usuarios de Internet podrían eliminar información objetiva de Internet, manipulando así la lista de los resultados presentados por los motores de búsqueda, haciéndolos imprecisos e incompletos.

El derecho a ser olvidado como un intento de manipular algún tipo de objetividad de Internet o de memoria colectiva de la sociedad es un argumento poco convincente, cuando no infundado. En primer lugar, la idea de objetividad es bastante discutible, especialmente si procede de un motor de búsqueda que organiza sus listados de búsqueda mediante algoritmos enigmáticos y poco transparentes. En segundo lugar, negar el derecho individual a borrar la propia información personal que no tiene interés periodístico o relevancia histórica por mantener una supuesta memoria colectiva parece desequilibrado.³⁸ Ante esto, creo que hay un énfasis exagerado en un interés colectivo infundado en detrimento de un interés individual necesario, como el derecho a ser diferentes de lo que éramos antes.

4.3. Criterios para equilibrar derechos

Como he mencionado antes, el ejercicio del derecho al olvido puede chocar con otros derechos, generando conflictos con otros intereses protegidos que exigen un delicado equilibrio

36. Un ejemplo paradigmático de la preservación de una memoria colectiva relacionado con las nuevas tecnologías (en este caso en la denominada web 2.0) se refleja en el anuncio hecho por la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos. La biblioteca más grande del mundo ha anunciado que va a archivar digitalmente todos los tweets públicos desde el inicio de Twitter en marzo de 2006 (Bean, 2010, consultado el 2 de octubre de 2010). Twitter es un sitio web que ofrece una red social y servicio de microblogging que permite a sus usuarios enviar y leer mensajes de otros usuarios llamados tweets (Wikipedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Twitter>) (consultado el 24 de julio de 2011).

37. Como el autor añade: «los recuerdos que ahora dejamos atrás, en toda su gloria desenfundada -tweets de borrachos, entradas de blog despotricando sobre esto y aquello, fotos de personas en días que se levantaron con el pie izquierdo y mucho más- pueden convertirse en un tesoro único para los estudios de los historiadores de los siglos futuros. De hecho, la web de hoy puede ofrecer la instantánea más veraz y completa de la raza humana que existe». (Paul-Choudhury, 2011). Para más información sobre la arqueología de Internet y cómo podría funcionar el olvido en línea, véase www.newscientist.com/special/digital-legacy.

38. Además, ya se ofrecen servicios que actúan directamente sobre la lista de resultados de búsqueda ofrecidos por los motores de búsqueda, manipulándolos o eliminándolos para pulir y reformar la propia imagen en Internet. Es el caso de la gestión de la reputación en línea: «la práctica de la vigilancia de la reputación de una persona en Internet, de una marca o empresa con el objetivo de suprimir totalmente menciones negativas o relegándolos a posiciones más bajas en la página de resultados de los motores de búsqueda para disminuir su visibilidad» (Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Online_reputation_management) (consultado el 23 de julio de 2011).

de derechos. En este sentido, es importante observar que, de la misma manera que el derecho a ser olvidado no es una novedad, tampoco lo es el equilibrio de su aplicación con otros derechos e intereses. De hecho, la jurisprudencia ya ha desarrollado una serie de criterios importantes, que la legislación ha consagrado, para resolver algunos de estos conflictos. Es el caso del derecho penal, donde el derecho al olvido se desarrolló por primera vez. Efectivamente, en caso de conflicto entre el derecho al olvido del pasado judicial (a la supresión de la información sobre antecedentes penales y condenas pasadas) y el derecho a la información (acceso a dicha información), el factor tiempo se ha usado como un criterio decisivo. Si la información se considera de interés periodístico (debido a la actualidad de su ocurrencia), el derecho a la información prevalece; si no, el derecho al olvido prevalece sobre el derecho a la información (todavía se puede acceder a la sentencia, pero ya no se incluyen los nombres de los implicados).³⁹ Además, se prevén dos nuevas excepciones en las que el derecho a la información prevalece sobre el derecho al olvido. Estas atañen a hechos pertenecientes a la historia o considerados de importancia histórica, y hechos relacionados con las actividades de figuras públicas (cuyo comportamiento, debido a su papel y responsabilidad pública, ha de ser transparente para la sociedad).

Las leyes de protección de datos han formulado una serie de principios para el tratamiento lícito de datos personales, así como excepciones a su tratamiento legítimo, que también pueden ser usados para resolver algunos conflictos relacionados con el derecho a ser olvidado. El respeto por el principio de finalidad (según el cual se pueden tratar solo los datos relevantes para el propósito definido por su recogida) y el

respeto por el principio de proporcionalidad (que prohíbe el tratamiento de datos excesivos para una finalidad preestablecida) constituyen importantes criterios que, efectivamente, pueden contribuir a la resolución de casos conflictivos relacionados con el derecho al olvido. Además, la ley de protección de datos también establece excepciones y salvaguardas para el tratamiento de datos personales. Es el caso de las garantías adecuadas que los estados miembros tendrán que establecer para datos personales almacenados por largos períodos con fines históricos, estadísticos o científicos (Artículo 6 (e) de la directiva de protección de datos). Es también el caso, como ya he mencionado, de los datos recogidos exclusivamente con fines periodísticos o propósitos de expresión artística o literaria (artículo 9 de la directiva de protección de datos). Estas excepciones también se deben tener en cuenta al equilibrar el derecho al olvido con el derecho a la libertad de expresión.⁴⁰ Este proceso de equilibrio, además, debe tener en cuenta el interés periodístico de la información (como hemos aprendido de la jurisprudencia del derecho penal) y, añado yo, la conceptualización del derecho a ser olvidado desde la perspectiva de la identidad. Este giro conceptual es importante, ya que puede mejorar la aplicabilidad del derecho a ser olvidado en detrimento de otros derechos (como hemos visto en el caso de la exención de las actividades domésticas, en las que el derecho al olvido no se aplicaría desde la perspectiva de la privacidad, sino desde la de la identidad).

Además, y en casos particulares, es importante reconocer que el derecho a ser olvidado no debe prevalecer siempre. Como Werro explica: «Cuando la información sobre el pasado es necesaria para proteger al público de hoy, no existirá derecho a ser olvidado. Por ejemplo, cuando una

39. En este caso, es importante señalar que el respeto por el principio de transparencia de la justicia no requiere la divulgación de los nombres y otros datos personales de las personas involucradas en las controversias judiciales. El propósito de este principio es permitir la transmisión de los conocimientos de la ley, permitiendo la argumentación jurídica que se desarrollará basándose en las decisiones y opiniones que ya existen.

40. Tal equilibrio se logra, efectivamente, en virtud de la ley italiana de protección de datos. Los periodistas pueden reunir, registrar y difundir los datos personales de un individuo sin su consentimiento solo si el tratamiento se lleva a cabo (1) en el ejercicio de la actividad periodística, (2) a los solos efectos relacionados con los mismos y (3) dentro de las limitaciones impuestas a la libertad de la prensa para proteger los derechos fundamentales de las personas y su dignidad, con especial referencia a la materialidad de la información con respecto a los hechos de interés público (véase el artículo 137 del Código de protección de datos italiano -Decreto legislativo n.º 196/2003- y el Código de conducta relativo al tratamiento de datos personales en el ejercicio de la actividad periodística, anexo A del Código de Protección de Datos).

El Tribunal Supremo italiano aclaró además los requisitos de cumplimiento que la prensa debe seguir para dar a conocer información personal legalmente: a) la verdad objetiva de la información que se va a divulgar, b) el interés público por el conocimiento de dicha información; c) la objetividad formal de la exposición; d) la pertinencia de la noticia de la publicación de información personal (resolución del 9 de abril de 1998, n.º 3679).

persona que ha abusado de su posición como gerente para obtener ventajas financieras en el pasado busca empleo en una situación similar».⁴¹ El derecho al olvido también se enfrenta a dificultades con respecto a ciertos miembros de la sociedad (políticos, figuras públicas) cuya transparencia es importante desde el punto de vista de la credibilidad política⁴² y la rendición de cuentas democrática.

De este breve análisis, yo haría dos recomendaciones. En primer lugar, no hay necesidad de reinventar la rueda con respecto a la ponderación de los intereses relacionados con el derecho al olvido. Como hemos visto, la ley ha preparado ya una serie de criterios para alcanzar este equilibrio. Lo que necesitamos ahora es transponer y adaptar estos criterios a otros casos y circunstancias en los que se puede invocar el derecho a ser olvidado. Dada la creciente digitalización de la información y el almacenamiento de nuestros actos y comportamientos más cotidianos, la aplicación del derecho al olvido (y los criterios para equilibrarlo con otros derechos) no debe limitarse a la esfera penal. La necesidad de ser olvidado es hoy una realidad que va más allá de la referencia a las posibles sentencias penales. Estas son, de hecho, solo las situaciones más extremas. Hoy en día, también una foto inoportuna en una fiesta o un *tweet* desafortunado puede descontextualizar la identidad proyectada, poniendo en peligro, por ejemplo, un futuro contrato de trabajo. El principio del olvido, que «ya se ha afirmado en algunos casos en tribunales nacionales o aplicado en sectores específicos, por ejemplo, para los archivos de la policía, los antecedentes penales o expedientes disciplinarios»⁴³ debe ampliarse a otros casos, que pueden no ser tan extremos como los mencionados, pero que aún pueden acarrear daños y aflicciones muy importantes de la identidad personal. Así, se pueden encontrar otros criterios para la admisibilidad y el uso del derecho a ser olvidado en los plazos de prescripción establecidos en el Código civil, Código penal o en los sistemas de derecho civil (o estatuto de limitaciones en los sistemas de derecho consuetudinario). Durante el período de tiempo en que se pueden iniciar procedimientos judiciales basados en un acontecimiento particular, no se

podría ejercer el derecho al olvido de la información relacionada con ese acontecimiento. En otras palabras, el tiempo establecido para el procesamiento legal de una deuda o crimen también servirá como período durante el cual el derecho al olvido no estaría disponible. Esto significa, por ejemplo, que para los delitos graves que no prescriben, el derecho a ser olvidado nunca se podría usar. La razón de ser del establecimiento de plazos de prescripción es doble. En primer lugar, la presunta conducta ilegal debe ser tratada por los tribunales competentes, a la mayor brevedad posible tras su ocurrencia, mientras las pruebas todavía están *calientes* y no se han corrompido. En segundo lugar, las personas deben tener el derecho a continuar con sus vidas sin el peso de que sus acciones del pasado generen procesos judiciales en el presente. Esta última razón, una vez más, se puede relacionar con la necesidad de hacer eliminar restos de identidades anteriores para poder construir una nueva identidad.

Es obvio que pueden surgir nuevas situaciones que restringirán la ley para alcanzar nuevos equilibrios entre el derecho al olvido y otros derechos en competencia. La aparición de los motores de búsqueda y la creación de archivos de periódicos electrónicos en Internet -que permiten un acceso fácil, permanente y gratuito a información pasada- son solo dos ejemplos de cómo la memoria del nuevo mundo tecnológico digital sigue desafiando el derecho a ser olvidado exigiendo que se adapte y actualice de forma continua a nuevos factores y condiciones. Sin embargo, es importante tener en cuenta que ya están en marcha una serie de principios y criterios para equilibrar estos derechos en conflicto. Debemos tenerlos en cuenta y elaborar su adaptación a partir de estos principios y criterios.

En segundo lugar, creo que se debe prestar atención e investigación no solo a la dicotomía eliminación-conservación, sino también al binomio eliminación-anonimización. Mucha de la información que producimos hoy, puede ser usada para fines importantes y legítimos si no

41. Werro, 2009, pág. 291.

42. El derecho a ser olvidado, a este respecto, no debe usarse como un instrumento para que los políticos y otras figuras que ejercen puestos públicos de responsabilidad vuelvan a escribir su propia historia, buscando, por ejemplo, borrar los registros de las declaraciones de opiniones políticas que abandonaron más tarde. La aplicación de lo que podríamos llamar la *cláusula de figura pública* como una excepción al derecho al olvido es, sin embargo, un tema delicado ya que cualquiera puede (al menos en teoría) ser una figura pública.

43. SEPD, 2011, pág. 19.

se elimina. Es el caso, por ejemplo, de los sistemas públicos de vigilancia de la salud⁴⁴ y los ejercicios de prospección (concretamente, los sistemas de modelización y las plataformas de simulación basadas en procesos avanzados de minería de datos).⁴⁵ Dado que la mayoría de estos análisis y prácticas de seguimiento se pueden hacer usando datos anónimos, se debe investigar más sobre la promulgación de leyes de protección de datos que regulen y definan los objetivos para los que datos personales se pueden eliminar o anonimizar. Se debe repensar la admisibilidad incondicional de un derecho automático a ser olvidado (integrado en el diseño tecnológico y activado por defecto) y se debe meditar la posibilidad de introducir un sistema más detallado (que detalle los objetivos, condiciones y requisitos para la anonimización de los datos personales).

5. Conclusión

Hoy en día, lo que publicamos en Internet se convierte en una especie de tatuaje indeleble. El pasado ya no es el pasado, sino un presente eterno. Mayer-Schönberger sostiene que «cuanta más y más información se agrega a la memoria digital, el recuerdo digital confunde la toma de decisiones humanas sobrecargándonos con la información que más nos valdría haber olvidado».⁴⁶ Yo añadiría que el recuerdo constante de la tecnología digital también confunde las identidades, superponiendo trazas y acciones que pertenecen a una identidad que ya no queremos ver representada y recordada.

En vista de este estado de cosas, he presentado una conceptualización más esmenada y más densa del derecho a ser olvidado amparándolo en el derecho a la identidad personal. La asociación entre el derecho a ser olvidado y

el derecho a la identidad personal⁴⁷ que propongo ofrece un argumento más consistente para el surgimiento y la consolidación del derecho al olvido. Así, el derecho al olvido no solo se debe considerar desde el punto de vista de la privacidad, sino también desde el de la identidad. Por tanto, es importante reconocer no solo las consecuencias inmediatas de la aplicación del derecho a ser olvidado, es decir, la posibilidad de ocultar una serie de hechos y acciones pasadas del conocimiento público (la perspectiva de la privacidad), sino también tener en cuenta las implicaciones más profundas de la aplicación de tal derecho, es decir, lo que el derecho al olvido nos permite hacer después.

Desde esta perspectiva, he defendido que el derecho a ser olvidado no solo comparte un interés innegable en la propia singularidad y la diferencia frente a los demás, sino que también desarrolla estos intereses en una forma novedosa y sin precedentes. El derecho al olvido constituye el derecho a ser diferente no solo de los demás, sino de uno mismo, del individuo que fuimos en el pasado. El derecho al olvido, como tal, pone de relieve el proceso de deconstrucción de la identidad por el que se pueden eliminar viejas identidades y se pueden formar otras nuevas. Además, el derecho a ser olvidado también equivale al derecho a un nuevo comienzo, el derecho a empezar de nuevo desde cero y el derecho a la autodefinición, que evita que el pasado condicione (de una manera excesiva) nuestra vida presente y futura. El derecho a ser olvidado, por tanto, se considera un instrumento jurídico importante para deconstruir y reconstruir la propia identidad, para tener la oportunidad de volver a crearse uno mismo ejerciendo un mayor control sobre la propia identidad.

Sin embargo, el derecho al olvido no es, de ninguna forma, absoluto. La teorización más elaborada del derecho al olvido que he tratado de desarrollar no trata de

44. Es el caso de Epicenter, que automáticamente recopila, administra y analiza datos relacionados con la salud para ayudar a los profesionales de salud pública a detectar y responder más eficazmente a las condiciones cambiantes de salud. Véase <http://www.hmsinc.com/service/epicenter.html>.

45. Los datos de Internet, de hecho, cada vez se usan más para modelar el futuro. Un ejemplo es el mapa de salud apoyado por Google (<http://healthmap.org>), que supervisa las enfermedades infecciosas en todo el mundo mediante la síntesis de los datos públicos. Otro ejemplo es FuturICT (www.futurict.eu), un proyecto que se propone usar datos en tiempo real (transacciones financieras, registros de salud, los datos de logística, las emisiones de dióxido de carbono o bases de datos de conocimiento como Wikipedia) para construir un modelo de sociedad capaz de simular las condiciones y tendencias futuras.

46. Mayer-Schönberger, 2009, pág. 163-164.

47. En este contexto, Níger (2008a) afirma que el derecho a la identidad representa la referencia fundamental del derecho al olvido («Il diritto all'identità personale rappresenta, quindi, la matrice prima del diritto all'oblio»).

argumentar que el derecho a ser olvidado deba prevalecer siempre. La idea es simplemente argumentar que el derecho al olvido, conceptualizado y apoyado por el derecho a la identidad, presente una justificación más racional y fuerte para alcanzar un equilibrio mejor y más justo con los demás derechos e intereses.

Por otra parte, esta conceptualización particular del derecho a ser olvidado, tiene implicaciones importantes y pragmáticas. El cambio de paradigma de la privacidad a la identidad también refuerza y amplía la aplicabilidad del derecho al olvido abarcando otras áreas y situaciones que no podría abarcar de otro modo.

Referencias

- ANDRADE, N. N. G. d. (2011). «Data protection, privacy and identity: distinguishing concepts and articulating rights». En: S. Fischer-Hübner; P. Duquenoy, M. Hansen, R. Leenes; G. Zhang (eds.). *Privacy and identity management for life: 6th IFIP WG 9.2, 9.6/11.7, 11.4, 11.6/PrimeLife International Summer School*. Helsingborg, Suecia, 2-6 de agosto 2010. Revised selected papers (pág. 90-107). Berlín y Heidelberg: Springer.
- BEAN, C. (2010). «#Posterity. How future historians will use the Twitter archives». Publicado martes 20 de abril de 2010. [Consultado 2 de octubre de 2010]. <<http://www.slate.com/id/2251429/>>
- COMISIÓN EUROPEA (CE) (2010). *Un enfoque integral sobre protección de datos personales en la Unión Europea*.
- COMISIÓN EUROPEA (CE) (2011). *Special Eurobarometer 359: Attitudes on data protection and electronic identity in the European Union*.
- COMISIÓN EUROPEA (CE) (2012). *Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)*. COM (2012) 11 final. Bruselas, 25.1.2012.
- DE HERT, P. (2008). «A right to identity to face the Internet of Things?» <http://portal.unesco.org/ci/fr/files/25857/12021328273de_Hert-Paul.pdf/de%2BHert-Paul.pdf> También en el CD de la Commission Nationale française pour l'Unesco, *Ethique et droits de l'homme dans la société d'information*. Actes, synthèse et recommandations, 13-14 de septiembre de 2007, Estrasburgo.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (2009). *Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea*.
- GUTWIRTH, S. (2009). «Beyond identity?» *IDIS - Identity in the Information Society*. Vol. 1, n.º 1, pág. 122-133.
- HILDEBRANDT, M. (2006). «Privacy and identity». En: E. CLAES; A. DUFF; S. GUTWIRTH (eds.). *Privacy and the criminal law* (pág. 43-57). Amberes: Intersentia; Oxford: Hart Pub. [distribuidor].
- HILDEBRANDT, M. (2009). «Profiling and Aml». En: K. RANNENBERG; D. ROYER; A. DEUKER (eds.). *The future of identity in the information society: challenges and opportunities* (pág. 273-313). Berlín/Londres: Springer.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. (2009). *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton University Press
- MAYES, T. (2011). «We have no right to be forgotten online». *The Guardian*, 18 de marzo.
- NEETHLING, J. (2005). «Personality rights: a comparative overview». *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 38, n.º 2, pág. 210-245.

- NEETHLING, J.; POTGIETER, J. M.; VISSER, P. J. (1996). *Neethling's law of personality*. Durban: Butterworths.
- NIGER, S. (2008a). «Il diritto all'oblio». En: G. FINOCCHIARO (ed.). *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale* (pág. 59-73). Padua: Cedam.
- NIGER, S. (2008b). «Il diritto all'identità personale». En: G. FINOCCHIARO (ed.). *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale* (pág. 113-129). Padua: Cedam.
- PAUL-CHOUDHURY, S. (2011). «Your digital legacy». *NewScientist*, 23 de abril.
- PINO, G. (2000). «The right to personal identity in Italian private law: Constitutional interpretation and judge-made rights». En: M. VAN HOECKE; F. OST (eds.). *The harmonization of private law in Europe* (pág. 225-237). Oxford: Hart Publishing.
- PINO, G. (2003). *Il diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Bologna: Il mulino.
- PINO, G. (2010). «L'identità personale». En: S. RODOTÁ; P. ZATTI (eds.). *Trattato di biodiritto*. Vol. 1, pág. 297-321. Milán: Giuffrè.
- POUSSON, A. (2002). «Domicile et identité. "Je t'aime, moi non plus"». En: J. POUSSON-PETIT (ed.). *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et le droit comparé* (pág. 529-564). Bruselas: Bruylant.
- RICOEUR, P. (1992). *Oneself as another*. Chicago: University of Chicago Press.
- ROSEN, J. (2010). The web means the end of forgetting. *The New York Times*, 21 de julio.
- SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (SEPD) (2011). *Dictamen del 14 de enero de 2011 del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - «Un enfoque integral sobre protección de datos personales en la Unión Europea»*.
- TRUCCO, L. (2004). *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*. Turín: Giappichelli.
- WERRO, F. (2009). «The right to inform v. the right to be forgotten: A transatlantic clash». En: A. COLOMBI CIACCHI; C. GODT; P. ROTT; L. JANE SMITH (eds.). «Liability in the third millenium». *Georgetown Public Law Research Paper*. N.º 2, pág. 285-300. Baden-Baden: F.R.G.
- ZITTRAIN, J. (2008). *The future of the Internet and how to stop it*. New Haven: Yale University Press.

Cita recomendada

ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de (2012). «El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado». En: «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 13, pág. 67-83. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-andrade_esp/n13-andrade_esp>

ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Acerca del autor

Norberto Nuno Gomes de Andrade
norberto.andrade@ec.europa.eu

Norberto Nuno Gomes de Andrade es investigador científico de la Unidad de Sociedad de la Información del Instituto de Estudios Tecnológicos Prospectivos (IPTS) del Centro Común de Investigación de la Comisión Europea e investigador jurídico del Departamento de Derecho del Instituto Universitario Europeo (EUI, Italia). Sus intereses de investigación se centran en el derecho y la tecnología (en particular, la biotecnología, la neurociencia y la inteligencia artificial), la legislación sobre protección de datos y privacidad. En el 2009, coeditó y publicó *Law and Technology: Looking into the Future - Selected Essays*.

Comisión Europea
IPTS, Unidad de Sociedad de la Información
Edificio Expo
C / Inca Garcilaso, 3 - 2º piso
41092 Sevilla, España