



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA CESIÓN DE DATOS PERSONALES EN LAS REDES SOCIALES

Autor: Joaquín Martín de la Hoz

5º E3 B

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Madrid
Abril 2023

Índice

I. Introducción	6
1. Objetivos.....	6
2. Metodología.....	7
II. Marco teórico de las restricciones al derecho la intimidad en el contexto de las Redes Sociales	10
1. Derecho a la intimidad.....	10
2. Redes Sociales.....	13
2.1 Concepto.....	13
2.2 Clasificación.....	15
2.3 Funcionamiento.....	16
3. Proporcionalidad de las limitaciones a Derechos fundamentales.....	17
III. Regulación del Derecho a la Intimidad	20
1. Nacional.....	20
1.1. Artículo 18 CE.....	20
1.2. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.....	21
1.3. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.....	23
2. Comunitaria.....	26
2.1. Evolución de la legislación comunitaria en materia de intimidad y protección de datos..	26
2.2. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 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.....	27
IV. Evolución jurisprudencial del derecho a la intimidad	31
V. Injerencia de las redes sociales en el Derecho a la intimidad	33
1. Subprincipio de idoneidad.....	36
2. Subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.....	38
2.1. Menores.....	38
2.2. Personajes públicos.....	41
2.3. Personas fallecidas.....	45
VI. Conclusiones	50
VII. Bibliografía	54
VIII. Anexos	59

Listado de abreviaturas

CE: Constitución Española de 1978.

LOPD: Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

RGPD: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 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.

TC: Tribunal Constitucional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Derechos ARCO-POL: derechos de acceso, rectificación, cancelación (supresión), oposición, portabilidad, olvido y limitación del tratamiento.

SRS: Servicios de Redes Sociales.

GWI: Global Web Index.

p.: Página.

pp.: Páginas.

Art.: Artículo.

Resumen

Las redes sociales representan una de las mayores fuentes de intercambio de información en nuestra sociedad. Estas plataformas se han creado para facilitar la interacción humana y hacer más eficientes las relaciones sociales y profesionales, permitiendo su rápido y eficaz crecimiento a nivel global. Si bien son innegables las diversas posibilidades y ventajas que ofrecen estas herramientas, también es cierto que implican múltiples riesgos que aún no están completamente previstos.

Este trabajo pretende atajar uno de los grandes problemas relacionados con estas plataformas de interacción social. El acceso y uso de redes sociales exige a los usuarios dar acceso a sus datos personales. La cuestión que se busca resolver es si esa cesión de datos implica una afectación legítima del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE) o si por el contrario se trata de una vulneración desproporcionada del derecho fundamental en cuestión.

En este estudio se analiza el impacto de las redes sociales en el derecho a la intimidad y la protección de datos personales. En él, se aplica el principio de proporcionalidad para contrastar la hipótesis de si la cesión de datos implica una vulneración desproporcionada del derecho a la intimidad personal.

Las redes sociales son efectivas para el intercambio de información, y en la mayoría de los casos la injerencia en los derechos a la intimidad y la protección de datos es proporcional. No obstante, hay ciertos escenarios de las redes sociales en los que existe mucho margen de mejora en la protección del derecho a la intimidad y la cesión de datos personales.

Palabras clave: Redes sociales, derecho a la intimidad, protección de datos, principio de proporcionalidad, privacidad.

Summary

Social networks represent one of the largest sources of information exchange in our society. These platforms have been created to facilitate human interaction and make social and professional relationships more efficient, enabling their rapid and effective growth at a global level. While the various possibilities and advantages offered by these tools are undeniable, it is also true that they involve multiple risks that are not yet fully foreseen.

This paper aims to address one of the major problems related to these social interaction platforms. Access to and use of social networks requires users to provide access to their personal data. The question we seek to resolve is whether this transfer of data implies a legitimate infringement of the right to personal privacy (Art. 18.1 EC) or whether, on the contrary, it is a disproportionate infringement of the fundamental right in question.

This study analyses the impact of social networks on the right to privacy and the protection of personal data. It applies the principle of proportionality to test the hypothesis of whether the transfer of data implies a disproportionate infringement of the right to personal privacy.

Social networks are effective for the exchange of information, and, in most cases, the interference with the right to privacy and data protection is proportional. However, there are certain social networking scenarios in which there is much room for improvement in the protection of the right to privacy and the transfer of personal data.

Key words: Social networks, right to privacy, data protection, proportionality, privacy.

I. **Introducción**

1. **Objetivos**

El objetivo principal de este trabajo es analizar si la cesión de datos personales implica una afectación legítima del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE) o si por el contrario se trata de una vulneración desproporcionada del derecho fundamental en cuestión. Si bien se mostrarán datos de agencias nacionales de estadística, estos serán meramente accesorios. El objetivo de este trabajo es realizar una investigación analítica y descriptiva del conflicto entre un derecho fundamental y las redes sociales.

No obstante, para el desarrollo de una investigación, es imprescindible concretar este objetivo general en una serie de objetivos específicos que son los siguientes:

- Definir el derecho a la intimidad, analizando su origen, su evolución en el tiempo y la relevancia de este. Además, delimitar su marco regulatorio tanto nacional como extranjero y revisar la situación jurisprudencial del mismo.
- Comprender el funcionamiento de las redes sociales. Es ampliamente conocido como se utilizan las redes sociales pero el funcionamiento interno y las implicaciones de estas es menos visible. También es crucial concluir su potencial amenaza a los derechos fundamentales.
- Distinguir diversos supuestos en los que la protección jurídica del derecho a la intimidad puede ser diferente. Al fin y al cabo, las disposiciones regulaciones varían según la condición de la persona afectada o el entorno en el que se produce la afectación.
- Estudiar la afectación de las redes sociales sobre el derecho a la intimidad en cada uno de los supuestos distinguidos, aplicando el principio de proporcionalidad. Este principio constitucional servirá de herramienta para dilucidar si la injerencia sobre el derecho a la intimidad es legítima.

2. Metodología

Para alcanzar los mencionados objetivos, primero se procederá a reconstruir una definición de conceptos y términos centrales en la investigación. Con esa finalidad, se recurrirá a la ley, la doctrina de diversos autores y la jurisprudencia. Estos dos últimos elementos, la ley y la jurisprudencia, serán objeto de estudio detallado en la segunda parte.

Respecto a la ley, se profundizará en la regulación actual sobre el derecho a la intimidad. Desde el artículo 18.1 de la Constitución Española, pasando por la Ley de 1982 sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Asimismo, se tendrán en cuenta la Ley de 2018 sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento General de Protección de datos de la UE de 2016.

En cuanto a la jurisprudencia, se tratará de hacer un seguimiento de cuáles han sido los criterios seguidos por los tribunales a la hora de analizar posibles vulneraciones del derecho a la intimidad. Ciertamente, enfocándose en la medida de lo posible en casos relacionaos con el mundo digital y las redes sociales.

Una vez asentadas las bases conceptuales, legales y jurisprudenciales se profundizará en la pregunta de investigación planteada: ¿La cesión de datos personales a los proveedores de redes sociales supone una injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad de los usuarios?

Para responder a esta cuestión es necesario tener en cuenta el principio de proporcionalidad como criterio de legitimidad para vulneraciones de derechos fundamentales y la garantía del contenido esencial. Este principio sirve como instrumento para solucionar el conflicto jurídico que se produce cuando dos normas, aplicadas correcta e independientemente en un mismo caso, conducen a resultados incompatibles. En el trabajo se plantea la colisión entre el derecho a la intimidad y el de libertad de empresa.

Para realizar el análisis de proporcionalidad, hay que dividir el principio en 3 juicios o subprincipios:

1. La idoneidad:

Este subprincipio también se conoce como el juicio del fin adecuado. Se trata de examinar si la medida que restringe el derecho fundamental es adecuado o idóneo para conseguir el fin que motiva la restricción¹. La intervención proporcional significa que el medio restrictivo del derecho a la intimidad debe ser adecuado o idóneo para facilitar el intercambio eficiente de información en las redes sociales. Si no es válida para alcanzar tal fin, la intervención o restricción será desproporcionada. En este análisis no se realiza una ponderación “*entre el beneficio obtenido si se permite la medida y la vulneración que se causaría al derecho como resultado de dicha medida*”².

2. Necesidad o indispensabilidad:

La medida restrictiva es necesaria porque no hay otra medida igualmente idónea, que sea igualmente eficaz, pero menos lesiva para el Derecho a la intimidad. También se conoce como el requisito de los “*medios menos restrictivos*”³. De esta manera, se debe escoger de todos los medios disponibles y/o posibles, el que suponga una menor injerencia en el derecho a la intimidad.

3. Proporcionalidad “*stricto sensu*”:

En palabras de Robert Alexy, “*cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio (sea este un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido), tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro*”⁴.

De acuerdo con Aharon Barak, con el objeto de justificar una restricción a un derecho fundamental, “*debe existir una relación adecuada (“proporcional” en el sentido estricto del término) entre los beneficios obtenidos y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin*”⁵. Un fin adecuado no es condición suficiente para la constitucionalidad de la restricción a los derechos humanos.

¹ Kumm, M., “What do you have in virtue of having a Constitutional Right?: On the place and limits of proportionality requirement”, Law School University, Public Law Research, número 06-41, Nueva York, 2006, p. 10.

² Barak, A., *Proporcionalidad, los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 279.

³ *Ibid.*, p. 351.

⁴ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª ed., CEPC. Madrid, 2022, p. 148.

⁵ Barak, A., *Op. Cit.*, p. 375.

De esta manera, debe existir una equilibrada ponderación entre la intensidad de afectación e importancia de satisfacción de los derechos enfrentados, tomando en consideración las circunstancias relevantes en cada caso. Hay que determinar exactamente el peso del derecho fundamental perjudicado, atendiendo a varios criterios relativos a su materialización: probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración.

Dicho esto, es conveniente que el análisis descrito se focalice y realice de forma más concreta. Es por ello que se van a presentar 3 escenarios a los que aplicar el análisis de proporcionalidad:

En primer lugar, los menores. La Constitución Española establece en su artículo 39 la protección del menor como principio rector de la política social. De hecho, encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia, regulaciones completas acerca de la defensa de los menores.

En segundo lugar, surge la figura de los personajes públicos. Es cierto que existen ciertas figuras de notoria popularidad, cuyo derecho a la intimidad y propia imagen parece que se relativiza en ciertas ocasiones. No obstante, en los derechos relacionados con la privacidad como este, siempre hay un espacio íntimo que se debe proteger. Para los casos dudosos, la doctrina de la *“interés general”* suele ser de gran ayuda.

Por último, encontramos a las personas fallecidas. Aunque una persona haya fallecido, su información personal puede seguir siendo accesible en las redes sociales y ser objeto de tratamiento por parte de terceros. Esto puede tener implicaciones en su reputación y en la privacidad de sus familiares y amigos cercanos. Asimismo, la protección de los datos personales de las personas fallecidas puede ser importante para fines legales, como la resolución de disputas de propiedad intelectual o la protección de los derechos de autor, cuestiones vitales y de actualidad.

II. Marco teórico de las restricciones al derecho la intimidad en el contexto de las Redes Sociales

1. Derecho a la intimidad

La idea del derecho a la intimidad, o "*privacy*", como se conoce en el sistema anglosajón, es relativamente nueva. Se inspira directamente en el crecimiento de los medios de comunicación, situación que provoca disputas y hace necesario que el Estado defienda un determinado espacio privado⁶. No obstante, podemos encontrar antecedentes que han sido los responsables de la configuración del derecho actual.

El derecho romano otorgó al hogar doméstico una protección considerable. La forma del legislador de proteger las conductas que se desarrollan en ellas era protegiendo el hogar, la casa o el domicilio. El legislador quiso salvaguardar lo que allí ocurría por su carácter privado, individual e íntimo. Todos estos ámbitos que las leyes romanas pretendían salvaguardar eran, en realidad, indicios de un concepto de protección de la vida íntima, de la privacidad y del individuo en su ámbito más privado, los cuales en teoría no existían en la época.

Asimismo, durante las Edades Medieval y Moderna, también surgió la necesidad de protección del domicilio. Para ello, Las leyes patrias, como el Fuero Juzgo o el Fuero Viejo de Castilla, establecieron una serie de garantías. En ellas se incluía tanto la norma de no entrar en el domicilio ajeno como las escasas circunstancias en las que no se penalizaría, o sus límites. En ese punto se pone de manifiesto que la idea de que establecer un derecho absoluto es imposible "*porque no podría serlo sin perjuicio notable de la sociedad*"⁷.

La idea de intimidad se empieza a vislumbrar con la disolución de la sociedad feudal y en la sociedad liberal se considera privilegio de minorías selectas que hacen valer ante el grupo su facultad de aislarse y de evitar toda interferencia en su vida privada y la posibilidad consecuente de disponer de ella.

En cuanto al nacimiento jurídico del concepto, de acuerdo con Beatriz S. Londoño Toro⁸, fue hacia 1890 cuando Samuel Warren y Louis Brandeis elaboran teóricamente el "*right of*

⁶ Rebollo Delgado, J., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 79-80.

⁷ Arrazola, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indicas*, Nabau Press. Madrid, 2012, p. 594.

⁸ Londoño Toro, B., *El derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen enfrentado a las nuevas tecnologías informáticas*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 1987, pp. 107-108.

privacy". En su célebre artículo, describen el derecho a la intimidad como "*the right to be let alone*" o "*el derecho que todo individuo tiene a ser resguardado de intrusiones*"⁹.

Originalmente, describir la privacidad como el derecho a que nos dejen en paz surgió de la preocupación por la expansión de las tecnologías de la comunicación y los nuevos medios de comunicación en Estados Unidos en el siglo XIX (por ejemplo, las fotografías instantáneas y la prensa sensacionalista de amplia difusión). Esas tecnologías estaban invadiendo "*la vida privada y doméstica*" mediante la publicación de cotilleos ociosos en noticias sensacionalistas¹⁰.

En consecuencia, se afirma que el objetivo de las leyes de privacidad debería ser proteger "*la intimidad de la vida privada*" de la publicación no deseada de información sobre la vida privada de las personas. Según Warren y Brandeis "*... la empresa y la invención modernas, a través de las invasiones de su intimidad (la del hombre), lo han sometido a un dolor y una angustia mentales, mucho mayores de los que podrían infligirle las meras lesiones corporales*"¹¹.

Es curioso que ya en 1890, estaba presente la colisión que motiva este trabajo, la tecnología frente a la intimidad.

Warren y Brandeis expresan un nuevo fundamento, no es ya la propiedad sino la inviolabilidad de la persona, lo que se debe proteger. Se elimina con este criterio la idea de privilegio como requisito para gozar del derecho y pasa a ser un derecho de todos. No obstante, esta concepción de privacidad tenía un marcado carácter individualista.

En la sociedad moderna resurge la necesidad de protección al individuo, pero no considerado aisladamente sino como ser social. La utilización indebida de los avances tecnológicos pone en peligro cada vez más no solo su intimidad sino sus posibilidades de participación facilitan discriminaciones, atenta contra el principio de igualdad y lo más grave de todo, se constituye en instrumento apto para llegar a totalitarismos y dictaduras. Por lo anterior, puede ser preciso una redefinición del concepto y unas garantías más acordes con la realidad.

⁹ Morales Prats, F., *La Tutela penal de la Intimidad; privacy e informática*, Editorial Destino, Madrid, 1984, p. 20.

¹⁰ Ruiz, B. R., *Privacy in Telecommunications: A European and American approach*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997.

¹¹ Warren, S., Brandeis, L., "The Right to Privacy. Harvard Law Review", volumen 4, número 5. 1890, p. 202.

Algunos autores siguen clasificando las ideas del derecho a la intimidad como “control”, que es el caso del derecho estadounidense, o como “dignidad”, que es el caso del derecho europeo. El derecho a crear varias “personalidades situacionales”¹², por las que el individuo revela ciertos aspectos de su intimidad en diversos entornos y contextos, se incluye en esta última visión de la intimidad.

Es decir, una persona puede revelar ciertos aspectos de su privacidad en un ambiente, mientras que en otro puede ser más reservada. Esta capacidad de construir diferentes personalidades situacionales es fundamental para el desarrollo de la personalidad humana. Por lo tanto, el respeto al derecho a la intimidad resulta necesario para el desarrollo de la personalidad del ser humano.

Atendiendo a las estadísticas, también se puede delimitar la dimensión del problema con el derecho a la intimidad. En julio de 2021, la célebre empresa de investigación de audiencias *Global Web Index* llevó a cabo un estudio¹³. GWI preguntó a usuarios de internet de entre 16 y 64 años de todo el mundo si estaban preocupados por el uso que les dan las compañías a sus datos personales (Ver anexo 1). De esta investigación se puede concluir que la intimidad y los datos personales son una preocupación latente en nuestra sociedad actual. De hecho, España se situó en el primer puesto del ranking. Hasta el 52.8% de los encuestados mostraron su intranquilidad respecto a esta potencial amenaza a su privacidad.

Por último, si se habla de restricciones al derecho a la intimidad en el contexto de las redes sociales, es obligatorio mencionar uno de los escándalos mundiales de la década. El escándalo de *Facebook* y *Cambridge Analytica* fue un evento que sacudió a la industria tecnológica y a la opinión pública en 2018. En resumidas cuentas, se reveló que la consultora política *Cambridge Analytica* había obtenido y utilizado datos personales de millones de usuarios de *Facebook* sin el consentimiento de estos para fines políticos¹⁴.

Se estima que los datos de alrededor de 87 millones¹⁵ de usuarios de *Facebook* se compartieron con *Cambridge Analytica*, lo que provocó una gran indignación y preocupación por la

¹² Vaninetti, H.A., *Derecho a la intimidad en la era digital*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 50.

¹³ Kemp, S., “Digital 2021 global report”, *Global Web Index*, 27 de enero de 2021.

¹⁴ Wilson, R., “Cambridge Analytica, Facebook, and Influence Operations: A Case Study and Anticipatory Ethical Analysis”, *European Conference on Cyber Warfare and Security*, Coimbra, 2019, p. 2.

¹⁵ Isaak, J., Minna, J.H., “User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection”, *IEEE Computer Society*, volumen 51, número 8, Washington, 2018, p. 56.

privacidad de los datos. Muchos usuarios de *Facebook* sintieron que su confianza había sido traicionada y que la empresa había fallado en proteger sus datos personales. *Facebook* se enfrentó a una serie de investigaciones y sanciones, incluida una multa de \$5 mil millones de dólares impuesta por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos.

Este escándalo pone de relieve los peligros de la recopilación y el uso no autorizado de datos personales por parte de empresas de redes sociales.

2. Redes Sociales

2.1 Concepto

De acuerdo con Barriuso, el punto de partida de las redes sociales lo encontramos en la novela “*Cadenas*” del escritor húngaro Frigyes. Concretamente en la teoría de los “*seis grados*” expuesta en ella. De acuerdo con esta idea, una persona puede enlazarse con cualquier otra del mundo mediante una cadena de conocidos no superior a cinco intermediarios. A medida que crecen los enlaces de la cadena, también lo hace el número de conocidos.

Las relaciones y los niveles de confianza más estrechos se dan entre los que están relacionados en primer grado (más próximamente) y los que están más alejados¹⁶. Para ello, se asume que la relación entre el número de conocidos y el número de enlaces es exponencial. Por lo tanto, para que un grupo de conocidos se convierta en toda la población humana solo es necesario un número reducido de enlaces.

Esta noción es especialmente aplicable en un entorno como Internet, donde hay más oportunidades de completar esta red mundial de interacciones. El concepto de red social, tal y como se conoce hoy en día, ha experimentado una auténtica revolución gracias a Internet y a la creación de potentes aplicaciones informáticas. Con estos instrumentos es posible crear plataformas para compartir información y establecer conexiones interpersonales. La universalidad de la red permite aumentar el número de conexiones y establecer vínculos más fuertes entre usuarios que comparten intereses¹⁷.

¹⁶ Barriuso Ruiz, C., “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, Anuario Facultad de derecho, Universidad de Alcalá II, Madrid, 2009, pp. 301-338.

¹⁷ Volpato, S., “El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información”, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, p. 365.

Por lo tanto, los servicios de redes sociales se tratan de *“plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”*¹⁸.

En 2009 el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) de España, publicó un estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online. En él se definían las redes sociales como *“los servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que pueden plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de los usuarios afines o no al perfil publicado”*¹⁹.

A nivel Europeo, surge la directiva comunitaria 98/34/CE de 1998²⁰, que se iría modificando hasta convertirse en la Directiva (UE) 2015/1535²¹. Ya en la primera directiva, quedaban configuradas las redes sociales como servicios de la sociedad de información que comparten ciertas características²²:

1. Es necesario que los usuarios suministren información personal para crear su perfil o descripción en las redes sociales.
2. Las plataformas de redes sociales ofrecen herramientas que permiten a los usuarios publicar su propio contenido generado, como fotografías, crónicas, comentarios, música, vídeos o enlaces a otras páginas web.
3. Las redes sociales se basan en herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, lo que permite a los usuarios interactuar entre sí.

¹⁸ Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29., “Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea”, adoptado el 12 de junio de 2009, p. 5.

¹⁹ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación – INTECO y Agencia Española de Protección de Datos, “Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online”, 2009, p. 7.

²⁰ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

²¹ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

²² Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29, Op. Cit., p. 5.

Si bien estas definiciones sirven como base, las redes sociales evolucionan constantemente y se van creando novedosas funcionalidades que atraen a nuevos clientes, por lo que el concepto es muy amplio.

2.2 Clasificación

En cuanto a su clasificación²³, se pueden diferenciar dos categorías principales de redes sociales: las generalistas o de ocio y las profesionales. La finalidad de las primeras es potenciar y facilitar las relaciones personales, mientras que las segundas buscan poner el establecimiento y mantenimiento de relaciones profesionales entre usuarios.

Dentro del numeroso grupo de redes generalistas o de ocio, cabe distinguir tres grupos:

Redes sociales basadas en perfiles: permiten a sus usuarios la creación de perfiles públicos para interactuar con otras personas a través del intercambio de información y contenido. Si en la red social no hay un tema definido (*Facebook*) se denominan horizontales, pero si se especializa en un tema se denominan verticales. Por ejemplo, una red social de compras (*Wallapop*).

Plataformas de intercambio de contenidos e información: ofrecen herramientas a los usuarios para que puedan intercambiar y publicar contenidos digitales. Mientras, el resto de usuarios tendrán la oportunidad de reproducir esos contenidos, escribir comentarios al respecto de estos e incluso darles una puntuación. *YouTube* o *Twitch* son grandes exponentes de estas redes sociales.

En relación con las redes sociales profesionales²⁴ (*LinkedIn*), representan herramientas para establecer y mantener conexiones profesionales. Las empresas utilizan este nuevo recurso para rastrear posibles candidatos que puedan participar en sus procesos de selección o para profundizar en los datos ya accesibles sobre los perfiles de los candidatos elegidos. Desde la perspectiva del empleado, permiten a los usuarios interactuar con otros profesionales a través de conocidos comunes fiables, fomentando las conexiones con

²³ Martínez, E; Pacheco, M., Atauri, D., “Redes sociales digitales: propuestas para una protección jurídica de sus usuarios en España”, Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social, volumen 4, número 2, Bogotá, 2011, p. 149.

²⁴ Adalia Linares, R., “Las redes sociales y la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores”, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 2018, p.7.

personas que, en la mayoría de los casos, no estarían disponibles debido a su cargo o responsabilidad.

2.3 Funcionamiento

Cuando *Facebook* se lanzó al mercado, en su página de inicio se podía leer en grande: “*Es gratis y lo será siempre*”. Al igual *Facebook*, la mayoría de las redes sociales son gratuitas. Por lo tanto, se plantea la duda de como una empresa puede generar beneficios si es aparentemente gratuita.

Hay una razón detrás de esto. Son gratuitas por la infinidad de información personal que los usuarios les dan. Solo a través de *Facebook* cualquiera puede saber las preferencias políticas, gustos personales, orientación sexual y creencias religiosas o rasgos de la personalidad de nuestros amigos o conocidos por lo que comparten. Por lo tanto, qué no podrán conocer los gigantes tecnológicos que todo lo miden todo lo analizan y todo lo almacenan. En el internet de hoy en día, la moneda de cambio no es el dinero. Hay algo más importante los datos personales datos que se canjean a cambio de obtener esos servicios gratuitos.

Los usuarios ofrecen datos de sus aficiones, gustos o intereses que esos mismos a los que le regalamos los datos después puedan mostrarnos publicidad optimizada según nuestras aficiones gustos o intereses. Esa publicidad optimizada no es gratis ni lo será siempre porque es vendida a los anunciantes. Los usuarios de las redes sociales no somos sus clientes somos un producto un producto que venden a sus clientes.

Cuando entramos en *Facebook* o en Instagram, la publicidad se ajusta perfectamente a los gustos de los usuarios. Esto no es porque los dispositivos móviles nos lean el pensamiento, sino por lo que se ha mencionado anteriormente. Dicho esto, gracias a la información personal que se suministran en internet con las interacciones en las redes sociales los usuarios están recibiendo, solo anuncios que les gustan. Desde este punto de vista, es una herramienta muy útil.

De acuerdo con el ya mencionado *Global Web Index*, en Enero de 2021, España contaría con 37 millones de usuarios activos en redes sociales, que ofrecen sus datos personales a cambio de un servicio. Por lo tanto, si se estuviese realizando una vulneración del derecho

a la intimidad en la obtención y mantenimiento de esos datos privados, se convertiría en una cuestión de importancia extrema. (Ver Anexo 2)

3. Proporcionalidad de las limitaciones a Derechos fundamentales

En el siglo XVIII, el Tribunal Superior Administrativo de Prusia desarrolló el concepto de “*prohibición del exceso*”²⁵, un mecanismo que tenía como fin controlar el poder absoluto de la administración y de las fuerzas del orden. Desde 1949, el Tribunal Constitucional Alemán ha retomado este criterio bajo el nombre de “*principio de proporcionalidad*”²⁶ y lo ha considerado como un principio general de rango constitucional que debe presidir la actuación de los poderes públicos. Posteriormente fue acogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por otros tribunales nacionales e internacionales.

El principio de proporcionalidad es un conjunto de normas o directrices para evaluar la legitimidad de todas y cada una de las restricciones normativas a las libertades, así como las interpretaciones o aplicaciones jurídicas que limitan su ejercicio. Por lo tanto, este principio debe ser aplicado en políticas públicas, decisiones administrativas, leyes y en casos concretos de colisión de valores jurídico-protegidos y derechos de particulares.

Es un principio relativo, del que no pueden inferirse prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, de acuerdo con la relación de medio a fin de que, en definitiva, pueda tener el límite o gravamen de la libertad con los bienes, valores o derechos que pretende satisfacer²⁷.

Carlos Bernal Pulido es una de las referencias mundiales en el campo de la proporcionalidad. Es cierto que sus obras se centran más en la colisión del legislador con los derechos fundamentales y en este trabajo la colisión de derechos es entre particulares. Dicho esto, sus reflexiones son vitales para comprender el funcionamiento del análisis de proporcionalidad en general. De acuerdo con este autor, “*la ley de la ponderación exige que las razones que*

²⁵ Ibler, M., “Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, número 50/51, Valencia, 2005, p. 3.

²⁶ Ídem

²⁷ Barnes, J., *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, Cuadernos de Derecho Público, número 5, 1998, pp. 16-17.

fundamentan la intervención tengan una importancia por lo menos equivalente a la del principio iusfundamental objeto de intervención”²⁸.

Consecuentemente, a medida que aumenta el nivel de interferencia en un derecho fundamental, también debe aumentar el nivel de cumplimiento del principio constitucional que justifica dicha interferencia, de manera que ambos niveles sean al menos equiparables.

Concretamente, hay tres componentes que conforman el concepto de proporcionalidad: la adecuación/idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La adecuación o idoneidad es la condición de que la medida sea apropiada para lograr el objetivo, es decir que logre la finalidad deseada. En cuanto a la necesidad, la medida restrictiva debe ser lo menos restrictiva posible para alcanzar el objetivo previsto. En sentido estricto, proporcionalidad significa que la medida restrictiva debe ser adecuada a la gravedad del interés que debe salvaguardarse²⁹.

En esta misma línea, la STC 207/1996³⁰ ya reflejaba estos mismos requisitos:

“(…) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Si bien Javier Barnes sistematiza de forma precisa el principio de proporcionalidad en su estudio preliminar, alerta de cuestiones críticas que surgen a la hora de aplicar este principio. El principio de proporcionalidad debe aplicarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada situación. Esta relativización o aplicación *ad casum* en ocasiones puede generar cierta inseguridad jurídica y contradicciones en la jurisprudencia. `

Asimismo, existe una dificultad de determinar el contenido concreto de los conceptos de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Estos conceptos son clave en la aplicación del

²⁸ Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 429.

²⁹ Ídem.

³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, FJ, 4.

principio de proporcionalidad, pero su contenido es difícil de determinar de manera precisa en cada caso concreto. De nuevo, se puede dar lugar a interpretaciones divergentes.

Otra reflexión interesante del profesor Barnes es la distinción entre principio de proporcionalidad y contenido esencial de los derechos³¹:

Mientras que el contenido esencial es una de las restricciones internas, la idea de proporcionalidad añade otra restricción externa a la acción restrictiva del derecho. Además, aunque la proporcionalidad sea un control material, la metodología del contenido esencial, la principal garantía sustantiva de los derechos constitucionales no queda sustituida ni absorbida por ella. Una cosa es que la injerencia sea legal y proporcionada, cuando no existen alternativas más razonables. Otra muy distinta es que además respete el aspecto del derecho en cuestión salvaguardado constitucionalmente.

Como es lógico, la proporcionalidad, como límite externo, es anterior a la valoración de cómo afectaría la medida al contenido esencial. Por ejemplo, en una expropiación, esta puede ser proporcionada al fin que persigue y, sin embargo, irrespetuosa con el contenido del derecho por la insuficiencia del justiprecio. O lo contrario, aunque la indemnización sea suficiente, se produzca de forma innecesaria. Este estudio se centra en ese análisis externo y material que supone el principio de proporcionalidad. Dicho esto, la valoración de proporcionalidad es extremadamente útil como paso previo a la determinación del contenido esencial.

El TEDH también impone el requisito de proporcionalidad. Para evitar una disparidad entre los medios utilizados y el objetivo perseguido, el TEDH considera que debe garantizarse un justo equilibrio de los intereses en juego³². Eso sí, en el caso del TEDH se introduce el elemento del margen de apreciación nacional. Esto quiere decir que la interpretación y extensión de los derechos fundamentales no es monolítica, sino que depende en buena medida del contexto propio de cada país, que debe tenerse en cuenta para poder hacer justicia.

Para el TEDH, el margen de apreciación nacional es un elemento clave para entender la proporcionalidad, de manera que la idea de *“necesidad en una sociedad democrática”*³³ se convierte en el criterio central para delimitar los derechos fundamentales.

³¹ Barnes, J., Op. Cit., pp. 42-43.

³² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de marzo de 1990, Caso Groper Radio AG y otros c. Suiza, FJ 2.

³³ Ídem.

III. Regulación del Derecho a la Intimidad

1. Nacional

1.1. Artículo 18 CE ³⁴

Al contrario que en otros derechos, ni la intimidad existía como derecho en nuestro ordenamiento jurídico preconstitucional, ni su protección a finales de los años setenta suponía realmente una necesidad jurídica significativa. La sociedad española se encontraba preocupada por otros derechos frecuentemente vulnerados por la dictadura franquista, como el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio³⁵.

No obstante, el Tribunal Constitucional fue consciente de que la importancia que iba a desarrollar este derecho fundamental durante los últimos años del siglo XX. *“El avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto de la correspondencia”*³⁶. De ahí que se incluyera en el artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978 el Derecho a la intimidad personal y familiar, junto al honor y a la propia imagen.

Este artículo se presenta complejo, pues establece una regulación con tres protagonistas. El derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar y por último el derecho a la propia imagen. De acuerdo con la STC 14/2003, se trata de tres derechos sustantivos y autónomos pero relacionados por ser derechos de la personalidad, enfocados en la protección del patrimonio moral de las personas y derivados de la dignidad humana. Por lo tanto, si bien son derechos con rasgos comunes, hay matices que permiten distinguir tres derechos independientes.

El derecho a la propia imagen protege la proyección exterior de la imagen de injerencias indeseadas. Trata de salvaguardar la imagen personal que se quiere mostrar al exterior, velar por una determinada imagen³⁷. En cuanto al honor, es de estos el derecho que el ordenamiento

³⁴ Sinopsis de la Constitución Española, art. 18 CE.

³⁵ Rodríguez-Piñero, M., Casas Baamonde M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.

jurídico ha protegido tradicionalmente. Dentro de él se pueden distinguir un ámbito trascendente y otro inmanente. En cuanto al primero, se basa en el reconocimiento de nuestra dignidad por parte del resto, relacionándose así con la opinión social, la fama. El segundo hace referencia al aspecto más personal, la estima que cada uno tiene de sí mismo³⁸.

En último lugar, surge el eje vertebrador de este estudio, el derecho a la intimidad. Este se vincula con la esfera más privada de las personas, aquel que desea mantenerse oculto por su conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Siguiendo la literalidad de la norma la protección se prolonga tanto al individuo y su unidad familiar. Además, este mínimo contenido ha sido reconocido incluso a ellos que están más expuestos al público.

El derecho a la intimidad personal y familiar está garantizado por el artículo 18 de la Constitución Europea, aunque no se ofrece ni la definición ni la elaboración de la relación de este derecho con sus otras manifestaciones. La respuesta es que, según las circunstancias, la jurisprudencia aumentará o complementará de acuerdo con su labor integradora. En la actualidad, así es como se ha protegido el derecho a la intimidad.

1.2. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La Ley Orgánica 1/1982 desarrolla los derechos establecidos en el artículo 18 de la Constitución Española.

Esta legislación define las intromisiones ilegítimas y legítimas al derecho a la intimidad en los artículos 7, 2.2 y 8. Específicamente, el artículo 7 describe las acciones que afectan directamente el derecho a la intimidad, donde el apartado 1 y 2 se refieren a cómo se obtiene información, el apartado 3 trata sobre la divulgación de información.

De acuerdo con lo que se puede inferir de la ley, el derecho a la intimidad puede ser violado a través de la obtención ilegal de información (según lo establecido en el artículo 7), sin necesidad de que se revele posteriormente esa información. Del mismo modo, se puede vulnerar este derecho si se divulga información que ha sido obtenida de forma legítima³⁹. Esto

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 134/1999, de 15 de julio, FJ 4.

³⁹ Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 294.

demuestra que las intromisiones descritas en el artículo 7 son independientes y diferentes entre sí, aunque puedan estar relacionadas en un caso específico.

El artículo 2.2 y el 8.1 establecen que el “*consentimiento expreso del titular*” es un factor legitimador de las intromisiones en su intimidad, y que este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. El objetivo es que la persona tenga el control sobre el acceso y la divulgación de información sobre su vida privada, ya sea verdadera o no, independientemente de si dicha intromisión en su privacidad ha causado daño o no.

Es importante destacar que la clave para la violación del derecho a la intimidad radica en el consentimiento del titular⁴⁰, y que este consentimiento “*(...) no tiene que ser formulado por escrito, no es un contrato formal, pero debe ser concluyente y expreso, por lo que puede ser incluso verbal*”⁴¹.

Y es que es preciso recordar que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad del individuo. Esto hace necesaria la presencia de un espacio privado y protegido de la intrusión y el conocimiento de otras personas. Esta ley protege al individuo de la recogida no autorizada de datos de su esfera íntima por parte de terceros, así como de su revelación, divulgación o publicidad no consentidas, y de su uso o explotación sin el consentimiento del titular. Por lo tanto, garantiza la intimidad de la propia vida personal impidiendo que terceros, ya sean ciudadanos particulares o autoridades públicas, tomen decisiones sobre él⁴².

En cuanto a los menores de edad, según el artículo, los menores e incapaces pueden dar su consentimiento si su madurez lo permite. En otro caso, su representante legal deberá prestar su conformidad por escrito y notificar previamente al Ministerio Fiscal el consentimiento previsto. El juez resolverá en el plazo de ocho días si el Ministerio Fiscal se opone (artículo 3.2).

Si descartamos la ilegitimidad producida por la falta de otorga de consentimiento, el cual es un elemento clave en la vulneración del derecho a la intimidad, podemos clasificar las intromisiones ilegítimas contempladas por el legislador en tres categorías:

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Encabo Vera, M., *Derechos de La personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 57.

⁴² Volpato, S., “El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información”, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 278-280.

La primera se refiere a la forma de obtención de la información, como el uso de dispositivos de escucha o cualquier medio que permita grabar o reproducir la vida privada de otra persona, según se establece en los apartados 1 y 2 del artículo 7.

La segunda se refiere a la divulgación ilegítima de información privada, incluyendo la revelación o publicación de contenido de cartas o memorias, incluso si se ha obtenido la información de manera legítima, tal y como se establece en el artículo 7.3.

La tercera categoría se refiere al quebrantamiento de la confianza, que ocurre cuando se revelan datos personales íntimos obtenidos en el curso de una actividad profesional u oficial, lo que se considera una intromisión ilegítima⁴³ aunque se haya obtenido el consentimiento, debido a la desviación del propósito original para el que se suministró la información.

Si bien las redes sociales se alejan del ámbito profesional, de la grabación ilegítima o de cartas y memoria se pueden extraer cuatro cuestiones muy importantes: el consentimiento, la obtención de la información, su divulgación, y la desviación del propósito original para el que se suministró la información.

1.3. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Según el preámbulo de esta ley, “*responde a la necesidad de disponer de una norma para la adaptación del ordenamiento español al Reglamento General de Protección de Datos y al objetivo de proporcionar seguridad jurídica*”, Partiendo del artículo 18.4 de la Constitución Española, que protege los derechos fundamentales, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es uno de ellos⁴⁴.

Gran parte de la información que se maneja en las redes sociales, en su mayoría, proviene de los mismos usuarios. Esto se produce a través del registro en servicios de correo o foros, perfiles en *Facebook* o *MySpace*, cuentas de *Flickr*, usuarios de *YouTube*, así como perfiles profesionales para búsqueda de trabajo o contactos. Sin embargo, es importante considerar si

⁴³ Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 294-295.

⁴⁴ Toste Rodríguez, E., “El derecho a la intimidad en la nueva era tecnológica”, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2019, p. 31.

el dueño del sitio web nos ha informado adecuadamente y ha obtenido nuestra autorización válida para publicar nuestra información en Internet⁴⁵.

Ante esta amenaza, la Ley pone en manos del individuo los llamados "*derechos del interesado*". En concreto, los derechos mencionados en los artículos 13 a 18 de la Ley Orgánica 3/2018 (LOPD). Anteriormente, estos derechos se conocían como los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) han sido ampliados con la adición de los derechos de Portabilidad, Oposición y Limitación del tratamiento. Asimismo, el derecho de Cancelación ha sido sustituido por el de supresión. Por lo que a estos derechos ahora se les denomina ARCO-POL.

Derecho de Acceso: El titular de datos personales tiene el derecho de solicitar y recibir de forma gratuita información sobre qué datos posee el responsable del archivo, así como la finalidad del tratamiento de dichos datos. En resumen, el titular tiene derecho a conocer qué datos se manejan y cómo son utilizados.

Derecho de Rectificación: Se refiere al derecho que tiene la persona a pedir y recibir sin coste alguno la corrección de los datos personales que el responsable del tratamiento posee, en caso de que estén inexactos o no se hayan actualizado.

Derecho de Cancelación: Ahora se conoce como el derecho de supresión o derecho al olvido. El titular de datos personales tiene el derecho de solicitar y obtener sin costo alguno el bloqueo de los datos en poder del responsable del tratamiento, limitando su uso solamente a la atención de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento.

Derecho de Oposición: El titular de datos personales tiene el derecho de solicitar y obtener gratuitamente que se detenga el tratamiento de sus datos o prevenir que se lleve a cabo en primer lugar.

Derecho a la Portabilidad de los datos: El titular de los datos personales tiene el derecho a recibir los datos que le incumban proporcionados a un responsable del tratamiento en un

⁴⁵ Salgado Seguin, V., "Intimidad, privacidad y honor en Internet", Revista Telos, Fundación telefónica, número 85, Madrid, 2010.

formato estándar y legible por máquina, y el interesado podrá transferirlos a otro responsable del tratamiento sin obstáculos por parte del responsable original.

Derecho de Oposición y Limitación del tratamiento: El titular de los datos tiene derecho a solicitar al responsable del tratamiento que se limite el procesamiento de sus datos personales si se cumple una de las 4 condiciones contempladas en el artículo 18 del RGPD.

Estos derechos pueden ser ejercidos en cualquier momento y sin coste alguno por el titular de los datos o su representante legal contra cualquier organización que posea o trate dichos datos. El responsable del tratamiento está obligado a atender la solicitud en un plazo de entre 10 días y un mes desde su recepción, o de lo contrario se enfrentará a duras sanciones económicas⁴⁶.

El titular o responsable de la página web debe proporcionar los medios y datos de contacto necesarios para que los derechos puedan ser ejercidos según lo exige la Ley. En algunos casos, es posible realizar este proceso de manera sencilla a través del teléfono o correo electrónico, y en todo caso, sin que se le cobre nada al solicitante.

La Agencia Española de Protección de Datos creó en su momento modelos y formularios para ayudar a las personas a ejercer sus derechos de manera adecuada y precisa. Estos recursos están disponibles de forma gratuita en su sitio web y sirven como guía para solicitar no solo estos derechos, sino también otros derechos relevantes para el individuo. Si ejercemos estos derechos regularmente y de manera correcta, tendremos la capacidad de controlar y restringir gran parte de la información que se publica sobre nosotros en Internet.

⁴⁶ 10 días para la atención de solicitudes de rectificación o cancelación y un mes ante solicitudes de acceso (art. 16 de la LOPD y art. 29 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD).

2. Comunitaria

2.1. Evolución de la legislación comunitaria en materia de intimidad y protección de datos

La Declaración Universal de Derechos Humanos sentó las bases del actual derecho a la intimidad y por supuesto, de la protección de los datos personales como una forma especial de respeto del derecho a la intimidad⁴⁷. Se trata de un documento fundamental en la protección de los derechos humanos en todo el mundo, y es especialmente relevante para abordar el derecho a la intimidad y la cesión de datos personales en las redes sociales. El artículo 12 de la Declaración establece que *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"*⁴⁸.

En términos de protección de datos en la comunidad europea, el derecho a la privacidad apareció por primera vez en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950)⁴⁹. En cuanto a la protección de datos, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma en 1957, fue la primera norma que reconoció expresamente este derecho. Su artículo 16.1 rezaba: *"Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan"*.

Luego, en 1981, el Consejo de Europa incluyó la protección de datos personales en el Convenio número 108⁵⁰, el cual es considerado el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de la protección de datos personales. Este convenio ha sufrido diversas modificaciones. Su versión más reciente es lo que se conoce como el *"Convenio 108+"*, de 2018. Una de las características más destacables del Convenio 108 es su dimensión transfronteriza, lo que lo convierte en un acuerdo universal. De hecho, su adhesión está abierta a países no europeos y en la actualidad, 55 países lo han adoptado.

La necesidad de actualizar el Convenio se hizo evidente con la llegada de la nueva era de transformación digital. El Protocolo de Enmienda fue aprobado por el Comité de Ministros del

⁴⁷ Nowak, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, 2005, p. 401.

⁴⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, art. 12.

⁴⁹ Cazurro Barahona, V., *Prácticum protección de datos*, Thomsom Reuters, Madrid, 2015.

⁵⁰ Convenio número 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

Consejo de Europa el 18 de mayo de 2018, pero aún no está en vigor ya que requiere la ratificación por todas las partes. En caso de que no sea ratificado por todas las partes, entrará en vigor el 11 de octubre de 2023 siempre y cuando 38 partes lo hayan ratificado en esa fecha. Más adelante, el Tratado de Lisboa (2007) estableció que el Parlamento Europeo y el Consejo serían responsables de establecer normas para la protección de datos.

Finalmente, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (24 de octubre de 1995) supuso un gran avance en la protección de datos personales y en la libre circulación de estos. Dicho esto, faltaría por llegar la actual regulación. Precisamente, en mayo de 2016 entraría en vigor, el Reglamento General de Protección de Datos, que se comentará en profundidad más adelante.

En términos generales, la evolución comunitaria del derecho a la intimidad y los datos personales en Europa ha sido un proceso gradual que ha ido evolucionando con el tiempo. Según Cazorro Barahona, *"la protección de la privacidad ha sido reconocida como un derecho fundamental en muchas constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la Unión Europea ha jugado un papel importante en su protección"*⁵¹.

2.2. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 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.

El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), una ley que regula el tratamiento de datos personales sobre las personas y la libre circulación de esos datos. Esta ley se centra en las organizaciones o personas jurídicas que a menudo poseen los datos y tienen la capacidad de utilizarlos de forma irresponsable o incluso ilícita.

El objetivo de este reglamento viene recogido en el primer Considerando. Se trata de proteger los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. Esta protección tiene su origen en el artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la

⁵¹ Cazorro Barahona, V., *Prácticum protección de datos*, Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 23.

Unión Europea (TFUE), que establecen el derecho de toda persona a la protección de sus datos personales⁵².

La Directiva 95/46/CE, que regulaba las normas mínimas de protección de datos y otorgaba a los Estados miembros un margen de discrecionalidad considerable, queda derogada por el RGPD. Su objetivo era lograr un equilibrio entre un alto nivel de protección de la intimidad de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la UE. Ese objetivo se sigue manteniendo en el RGPD. De acuerdo con la Directiva, era necesaria la creación de una organización nacional independiente, encargada de supervisar cualquier actividad que implique el tratamiento de datos personales. En nuestro caso se trata de la Agencia Española de Protección de Datos⁵³.

Una de las principales diferencias entre la Directiva y la norma actual es que el nuevo Reglamento elimina por completo el consentimiento tácito, el cual era contemplado en la Directiva. Además, la directiva sólo abordaba los derechos ARCO, (acceso, rectificación, cancelación y oposición), mientras que el Reglamento incluye dos más, derecho al olvido y a la portabilidad de los datos.

De hecho, el considerando 32 merece especial atención porque aborda el consentimiento, que, como hemos visto, es un componente crucial en el tratamiento de datos. Según el Reglamento el consentimiento debe darse mediante un *“acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal”*⁵⁴. Además, subraya que el silencio o la inacción del interesado no indican su autorización.

En cuanto a los menores de edad, el reglamento les otorga una especial protección. Según el considerando 38, los niños *“los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales”*. El Reglamento se aplicará al uso

⁵² Mayor Gómez, R., “Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos en la UE”, Gabilex, número 6, 2016.

⁵³ Cazorro Barahona, V., Prácticum protección de datos, Thomson Reuters, Madrid, 2015.

⁵⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos), considerando 32.

de datos personales de niños con fines de marketing o elaboración de perfiles de usuario (como en el caso de las redes sociales).

En cuanto a las novedades más características del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679:

Tres principios garantes sirven de base al sistema de seguridad integrado de este reglamento europeo.

El primero de ellos es el principio de rendición de cuentas o responsabilidad activa, cuyo objetivo es establecer una serie de procedimientos que demuestren que se han dado los pasos adecuados para tratar los datos personales de conformidad con el reglamento. El responsable del tratamiento de datos debe cumplir los principios establecidos en el RGPD. Estos principios incluyen que debe haber licitud, equidad y transparencia, que los datos deben estar actualizados y que se debe dar gran importancia al principio de minimización de datos, que exige que los datos personales se limiten solo a lo necesario en relación con los fines para los que se tratarán.

Lo mismo ocurre con el plazo de conservación, que, a diferencia de lo que ocurría antes, sólo podrá prolongarse hasta que se cumpla su finalidad o hasta que finalice el plazo de archivo comunicado al interesado en el momento en que éste otorgue su consentimiento. En la práctica, el principio de responsabilidad implica que las organizaciones deben aportar pruebas de que cumplen estos requisitos⁵⁵.

En segundo lugar, está el concepto de protección de datos por defecto y por diseño. (artículo 25.1 RGPD). Este artículo implica que el cumplimiento de la norma debe garantizarse desde el inicio de los servicios o actividades de una organización empresarial. El objetivo es prevenir el daño y no tener que arreglarlo después. Para lograr esto, se sigue un proceso que implica mantener un control riguroso sobre los datos desde el momento en que se recopilan por primera vez⁵⁶.

En tercer lugar, encontramos las notificaciones si se producen quiebras de seguridad que puedan afectar a los datos personales (artículos 33 y 34 RGPD)⁵⁷. En caso de que ocurra una

⁵⁵ Toste Rodríguez, E., “El derecho a la intimidad en la nueva era tecnológica”, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2019, p. 30.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Agencia Española de Protección de Datos, “Protección de datos y administración local”, Guías sectoriales AEPD, 2018, p. 22.

pérdida, destrucción o alteración de datos, o si se produce una comunicación o acceso no autorizado, el responsable del tratamiento debe notificar a la AEPD en menos de 72 horas y a los afectados inmediatamente si existe un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.

Por último y en relación con la anterior novedad, surge la figura del responsable de tratamiento⁵⁸. Se encarga del tratamiento de datos a gran escala o de categoría especial y orienta a los responsables y encargados del tratamiento a lo largo de su trabajo. Su presencia será necesaria en empresas privadas (las de más de 250 empleados o las que, pese a su tamaño, tratan un gran volumen de datos o datos sensibles). Además, las administraciones u organismos públicos le necesitarán para garantizar un correcto tratamiento de los datos.

Su perfil será el de una persona con conocimientos jurídicos y experiencia en protección de datos. El Delegado no será responsable de manera personal y su trabajo consiste en mantener un registro general de las actividades de tratamiento de datos, lo que implica la creación de un inventario de la actividad que se realiza. En el registro, se especificarán los datos que se están tratando, su finalidad, los destinatarios a los que se transfieren, así como el periodo de tiempo durante el cual se conservan, entre otros detalles.

En definitiva, el RGPD ofrece a los ciudadanos toda una serie de derechos, como la transparencia, el derecho al consentimiento expreso y no implícito para el uso de sus datos, así como el derecho a la limitación del tratamiento, mediante el cual pueden solicitar que se limite el tratamiento de sus datos. Aunque todavía se están desarrollando y aprobando algunos reglamentos, el objetivo es dar a los ciudadanos de los Estados miembros una serie de garantías jurídicas para evitar que sus datos sean objeto de un mercado negro.

⁵⁸ González Calvo, M., *La nueva figura del Delegado de Protección de Datos*, Actualidad Jurídica Aranzadi, número 939, 2018.

IV. Evolución jurisprudencial del derecho a la intimidad

En general, la doctrina está conforme con la regulación de este derecho fundamental en la Constitución. Sin embargo, esto no impide que surjan algunas cuestiones graves en relación con las normas, las diversas manifestaciones y el significado mismo de este derecho. Para aclarar estas cuestiones, definir el derecho a la intimidad y garantizar que funcione en armonía con otros derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel crucial, que debe ser reconocido.

La jurisprudencia constitucional nacional sobre la intimidad personal y familiar quedó fijada esencialmente en las sentencias iniciales dictadas en los años ochenta. Esto no evita que el Tribunal Constitucional haya seguido pronunciándose o matizando conceptos, para ciertos casos concretos, a lo largo de las décadas posteriores. La teoría del Tribunal Constitucional se construyó desde los cimientos con una serie principios básicos como esencia⁵⁹:

En primer lugar, son derechos relacionados con la dignidad humana, por lo que se conecta con los tratados internacionales sobre derechos y libertades fundamentales y el artículo 10 de la CE. En segundo lugar, que son derechos personalísimos, derechos de la personalidad, ligados a la personalidad. Tercero, que estos derechos implican un espacio reservado y propio. En cuarto lugar, que uno de los objetivos de estos derechos es proteger un ámbito íntimo de las injerencias de terceros.

Por otro lado, es importante recalcar que en ningún caso se trata de un derecho absoluto. Por lo tanto, su contenido debe tener en cuenta la perspectiva y estimación establecida en la cultura social. En relación con esto, el tribunal impone la necesidad de realizar una ponderación que equilibre los bienes jurídicos en conflicto, valorando los hechos relevantes. Esta ponderación es especialmente importante cuando existe una colisión de otros derechos fundamentales con el derecho a la intimidad⁶⁰.

Una cuestión muy relacionada con este trabajo es el hecho de que los constituyentes fueron sensibles al problema del tratamiento informático de los datos personales y a los peligros que puede entrañar para el derecho a la intimidad individual y familiar. Por ello, según el artículo

⁵⁹ Martínez de Pisón, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, Anuario de filosofía del derecho, número 32, 2016, p. 417.

⁶⁰ Ibid., p. 420.

18.4 de la CE, la ley debe restringir el uso de la informática para proteger la dignidad de las personas, su intimidad familiar y personal y el disfrute sin restricciones de sus derechos.

En esta línea, la STC 254/1993, aprobada el 20 de julio de 1993⁶¹ impuso que *"el uso de las tecnologías de la información encuentra un límite en el respeto al honor y a la intimidad de las personas y en el pleno disfrute de sus derechos."* Esta restricción tiene un significado específico: *"Ahora, la garantía de la intimidad asume un significado positivo en forma de derecho a gobernar los propios datos personales"*. Así pues, la llamada *"libertad informática"* incluye también el derecho a regular cómo un programa informático utiliza esos mismos datos.

El Tribunal Constitucional ha destacado la gran importancia de los derechos relacionados con la protección de datos, como lo demuestran dos de sus sentencias (290/2000 y 292/2000) en las que se definió el derecho fundamental a la protección de los datos personales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000⁶², de 30 de noviembre, insiste en la relevancia de la protección de datos personales y su reconocimiento como un derecho que confiere a la persona la capacidad de decidir cuáles datos proporcionar a un tercero y cuáles puede este tercero recabar. Asimismo, el derecho a la protección de datos faculta al individuo para conocer quién posee sus datos personales y con qué fin, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Como se puede observar, la doctrina del Tribunal Constitucional es coherente con los principios básicos de la protección de datos, que fueron sentados con anterioridad en los primeros textos de carácter internacional en la materia, y a través de los cuales se reconocía al titular de los datos una serie de facultades o derechos de control sobre el tratamiento de las informaciones relativas a su persona.

En conclusión, la jurisprudencia relacionada con la intimidad y las redes sociales no ha sido estática. Ha ido evolucionando, concediéndole cada vez más importancia y matizando diferentes aspectos. Ante este proceso de cambio, el Tribunal ha insistido en la necesidad de recurrir al mecanismo de la ponderación de bienes para resolver los casos relativos al derecho a la intimidad y a la propia imagen. Especialmente en los supuestos de colisión con otros derechos y libertades. Este aspecto no deja de generar una cierta inquietud por la diversidad de valoraciones que se producen en todo el proceso jurisdiccional de protección del derecho

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

fundamental. El proceso de ponderación, en ocasiones, da lugar a diferentes valoraciones sobre unos mismos hechos que, a su vez, puede llegar a producir diferentes resultados.

V. Injerencia de las redes sociales en el Derecho a la intimidad

Los SRS (Servicios de Redes Sociales) obtienen la mayor parte de sus ingresos a través de la publicidad que se muestra en las páginas web creadas por los usuarios y visitadas por ellos. Si los usuarios publican en sus perfiles información detallada sobre sus intereses, esto brinda un mercado valioso para los publicistas que buscan difundir publicidad específica basada en esta información. Por lo tanto, es crucial que los SRS operen respetando los derechos y libertades de los usuarios, quienes tienen la legítima expectativa de que sus datos personales sean tratados de acuerdo con las leyes europeas y nacionales que protegen la privacidad y la protección de datos.

Como ya se ha comentado, la recopilación y tratamiento de los datos personales de los usuarios en las redes sociales debe cumplir con el principio de proporcionalidad. El Convenio 108 modernizado (2018) incluye en su artículo 5, apartado 1, el principio de proporcionalidad, estableciendo lo siguiente: *“El tratamiento de datos deberá ser proporcional en relación con la finalidad legítima perseguida y reflejar en todas las fases del tratamiento un justo equilibrio entre todos los intereses afectados, públicos o privados, y los derechos y libertades en juego”*⁶³.

Esto significa que la injerencia en el derecho a la intimidad de los usuarios debe ser adecuada, necesaria y proporcionada al objetivo perseguido.

Y es que, procede recordar que el análisis de proporcionalidad consta de tres subprincipios. Los tres subprincipios deben ser satisfechos de forma conjunta. Hay doctrinas⁶⁴ como la de Peter Hogg que sostienen que el elemento de la proporcionalidad en sentido estricto no es necesario, puesto que en la ponderación entre el beneficio que se produce y la vulneración causada al derecho en cuestión se lleva a cabo dentro de la adecuación (subprincipio de idoneidad).

Dicho esto, este estudio parte de la base establecida por autores como Aharon Barak. De acuerdo con esta doctrina, el cumplimiento de un subprincipio es condición necesaria pero no

⁶³ Versión actualizada de 2018 del Convenio número 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

⁶⁴ Hogg, P., *Constitutional Law of Canada*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, p. 153.

suficiente para superar el examen de proporcionalidad. *“El fin puede ser adecuado, no obstante, tal fin no puede ser realizado a través de los medios escogidos, debido a que estos son desproporcionados con respecto a la vulneración causada al derecho fundamental en cuestión”*⁶⁵.

En cuanto a la idoneidad, es importante determinar si la medida restrictiva de la privacidad y los datos personales es adecuada para facilitar el intercambio eficiente de información en las redes sociales. Por lo tanto, las plataformas de redes sociales deben estar diseñadas de tal forma que permitan el intercambio de información entre los usuarios de manera rápida y eficiente.

Respecto a la necesidad, se debe evaluar si la medida restrictiva es indispensable y no hay otra alternativa igualmente idónea pero menos lesiva para el derecho a la intimidad. Para este trabajo, nos centraremos en el consentimiento como vara de medir de la lesión producida en el derecho a la intimidad. El **consentimiento** debe ser una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado. La medida necesaria será aquella que cumpla con todos estos caracteres del consentimiento.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, se debe realizar una ponderación equilibrada entre la importancia de satisfacer los derechos enfrentados y la intensidad de afectación. Este subprincipio es más amplio e indeterminado que los otros dos, por lo que el análisis será muy diferente dependiendo del escenario concreto. No obstante, se tendrán especialmente en cuenta los célebres derechos **“ARCO-POL”** y los **principios rectores** contenidos en el artículo 5 del RGPD.

Consentimiento

En primer lugar, el tratamiento de los datos sólo será lícito si se cumple una de las condiciones contempladas en el artículo 6 del RGPD. En el marco de este trabajo, la condición a) es la relevante, puesto que mejor encaja en el funcionamiento de las redes sociales. De esta manera, para que el tratamiento sea lícito, las empresas de redes sociales deben asegurarse de que: *“el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”*. De hecho, este apartado cobra especial relevancia pues es desarrollado en el artículo posterior⁶⁶. Para el caso de los menores, estos cuentan con una reserva legal propia

⁶⁵ Barak, A., *Proporcionalidad, los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 280.

⁶⁶ En el art. 7 del Reglamento General de Protección de Datos de la UE se establecen las *“condiciones para el consentimiento”*.

contenida en el artículo 8 del RGPD. Esta disposición otorga una protección especializada para lo que se considera un grupo más vulnerable.

La doctrina ha abordado este aspecto proporcionando diversas concepciones del mismo. Uno de los autores, Díez Picazo y Gullón⁶⁷, considera el consentimiento como... *“la voluntad libre y convenientemente manifestada, que puede tener por finalidad simplemente justificar la intromisión o que puede formar parte de un negocio jurídico de carácter oneroso, donde lo que se busca es la autorización para llevar a cabo determinadas actuaciones”*.

Derechos ARCO-POL

En segundo lugar, es imprescindible, que el responsable del tratamiento de los datos asegure que los usuarios pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y limitación y el de portabilidad de sus datos personales.

Es decir, las empresas de redes sociales deben equilibrar su interés comercial en la recopilación y procesamiento de datos personales con el derecho fundamental de los usuarios a la intimidad y la protección de sus datos personales, siguiendo el principio de proporcionalidad.

Principios rectores, minimización de datos

Por último, el tratamiento de datos personales debe respetar los principios establecidos en el artículo 5 del RGPD. Estos son los principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad y responsabilidad proactiva. Para el presente estudio nos centraremos en la minimización de datos como elemento clave. A tenor del artículo 5.1 c), *“los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”*.

⁶⁷ Díez-Picazo, L., Gullón A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 35.

1. Subprincipio de idoneidad

Cuando se trata de restringir el derecho a la intimidad a través de las redes sociales, el medio restrictivo del derecho a la intimidad debe lograr la finalidad de facilitar el intercambio eficiente de información en las redes sociales. Es importante determinar si la medida restrictiva de la privacidad y los datos personales es adecuada para facilitar el intercambio eficiente de información. Si no logra este objetivo, entonces la intervención o restricción será desproporcionada.

Las redes sociales tienen muchos beneficios para facilitar el intercambio eficiente de información. Cada red social está diseñada para segmentar grupos de personas que comparten intereses, necesidades, aficiones y objetivos específicos. Esto permite que las personas puedan conectarse con otras que tengan intereses similares y compartir información relevante entre ellos⁶⁸.

La creación de perfiles personalizados por parte de los usuarios permite que las redes sociales tengan un mayor conocimiento sobre cada persona y sus intereses, y esto a su vez facilita la interacción entre ellos. Además, la capacidad de compartir contenidos abiertos y colaborar en la creación de servicios propios de la red social fomenta una comunicación desinhibida entre los usuarios.

Las redes sociales también tienen beneficios en el ámbito profesional y organizativo. Se pueden hacer negocios y establecer relaciones profesionales, así como gestionar organizaciones y trabajar en entornos colaborativos basados en la Web 2.0.

Por otro lado, las redes sociales se han convertido en una importante fuente de noticias, ya que permiten compartir información rápidamente y llegar a un gran número de personas de forma instantánea. Además, las redes sociales ofrecen a los usuarios la posibilidad de seguir a medios de comunicación y periodistas, lo que les permite estar informados en tiempo real sobre los acontecimientos más relevantes.

En este sentido, las redes sociales para las noticias es que permiten una mayor interacción entre los usuarios y los medios de comunicación. Los usuarios pueden comentar, compartir y difundir las noticias, lo que aumenta la visibilidad de los medios y les permite llegar a una audiencia

⁶⁸ Benkler, Y. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, Connecticut, 2006, p. 33.

más amplia. Además, los usuarios pueden interactuar con los periodistas y los medios de comunicación, lo que les permite hacer preguntas, dar su opinión y participar en debates.

Dicho esto, al ser una plataforma abierta y descentralizada, pueden ser utilizadas por personas malintencionadas para difundir información falsa con el fin de manipular la opinión pública o generar confusión. Esto puede tener graves consecuencias, especialmente en temas sensibles como la salud pública, la política o la seguridad. Es importante tener en cuenta que las redes sociales no son responsables directas de la difusión de noticias falsas, ya que son los usuarios los que comparten y difunden la información.

En general, las redes sociales nos permiten conectarnos con personas de cualquier parte del mundo, compartir información y experiencias, intercambiar ideas y conocimiento, participar en juegos y actividades en línea, y fomentar el conocimiento colectivo. Todo esto ayuda a mejorar el intercambio eficiente de información y a crear relaciones personales y profesionales más sólidas y efectivas⁶⁹.

El principio de idoneidad dentro del principio de proporcionalidad establece que la medida restrictiva debe ser la adecuada para alcanzar el objetivo previsto. En el caso de las redes sociales, se considera que el intercambio de información es efectivo y eficiente, ya que permite la segmentación de grupos de población con intereses y afinidades comunes, lo que facilita la transmisión y recepción de información específica y relevante para cada grupo. Además, las redes sociales permiten la actualización constante de la información y la colaboración entre usuarios, lo que garantiza una mayor precisión y calidad de los datos intercambiados.

Por lo tanto, se puede decir que el uso de las redes sociales cumple el principio de idoneidad, ya que permite alcanzar el objetivo previsto de manera adecuada y eficiente, independientemente del grupo de población ante el que nos encontremos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que también deben cumplirse otros subprincipios del principio de proporcionalidad, como la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, para garantizar que las medidas restrictivas no sean excesivas o innecesarias.

⁶⁹ Ibid., p. 42.

2. Subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

Para la idoneidad, como ya se ha explicado antes, no hace falta distinguir escenarios, pues las redes sociales es una herramienta extremadamente adecuada para promover la conectividad y la transmisión de datos. Para los otros dos subprincipios, se van a analizar tres grupos concretos de forma separada por contar con una serie de particularidades.

Por ejemplo, al evaluar la injerencia en el derecho a la intimidad de menores, es importante considerar su vulnerabilidad y la necesidad de proteger su bienestar. En el caso de personajes públicos, se debe tener en cuenta el interés público en su actividad y su papel en la sociedad. Por último, en el caso de fallecidos, se debe evaluar la necesidad de preservar su memoria y su legado.

2.1. Menores

La Ley Orgánica 1/1982 sobre la protección civil del derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, establece normas para el consentimiento, especialmente en el caso de los menores de edad. En su artículo tercero, se aborda específicamente el tema del consentimiento de los menores y se explican las condiciones para otorgarlo. *“El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal”...*

En este sentido, es importante señalar que los menores de edad son un colectivo especialmente vulnerable, y que necesitan una mayor protección en cuanto a su privacidad e intimidad. Muchos menores de edad no tienen la madurez emocional o cognitiva necesaria para comprender las implicaciones de compartir información personal en línea o para tomar decisiones informadas sobre su privacidad y seguridad en línea. Por lo tanto, las empresas de redes sociales deberían proveer de un sistema de protección más desarrollado a sus usuarios, sobre todo cuando se trate de conseguir el consentimiento por parte de los menores de edad.

Castilla Barea argumenta que el consentimiento debe ser otorgado por la persona que ostenta el derecho de la personalidad en cuestión⁷⁰. Solo en situaciones donde se considere que dicha

⁷⁰ Castilla Barea, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011, pp. 329-330.

persona carece de la capacidad o madurez necesaria, se permitirá que los padres, tutores o representantes legales presten su consentimiento en su nombre.

El criterio de la madurez puede considerarse indeterminado y difícil de aplicar. Es por ello que el Reglamento de Protección de Datos de la UE delimita esta cuestión en su artículo 8, sobre el consentimiento de los menores en relación con los servicios de la sociedad de la información. De acuerdo con el artículo 8.1 “...*el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.*”

Subprincipio de necesidad

De acuerdo con este subprincipio, la restricción será justificada si no existe otra medida con la misma idoneidad y eficacia para proteger el derecho a la intimidad que sea menos perjudicial.

Las empresas de redes sociales tienen la obligación de proporcionar medidas de protección avanzadas a sus usuarios. Por todo lo comentado anteriormente acerca de los menores, esta obligación se refuerza cuando se trata de obtener el consentimiento de los menores de edad. Todo ello con el fin de garantizar una mayor protección y un sistema de privacidad que proteja a este grupo especialmente vulnerable.

La protección de la intimidad y privacidad de los menores de edad en las redes sociales es un tema de suma importancia en la actualidad, y su regulación ha sido objeto de debate en diferentes ámbitos. En este sentido, es importante destacar que, dentro del análisis de proporcionalidad, la injerencia que hacen las empresas de redes sociales en los derechos de los menores de edad es desproporcionada.

Esto se debe a que, según el principio de necesidad, las empresas deberían buscar medidas igualmente idóneas y eficaces para proteger el derecho a la intimidad de los menores, pero que sean menos perjudiciales. Actualmente, las redes sociales no cumplen con este principio debido a que no pueden garantizar un consentimiento válido de los menores de 16 años. Y es que los menores de 16 años pueden crear cuentas en redes sociales fácilmente, incluso aunque la mayoría de estas plataformas tengan políticas que establecen una edad mínima de 16 años para registrarse.

Estas políticas son simplemente una formalidad, ya que la mayoría de las plataformas no tienen un sistema de verificación de edad riguroso. Por lo tanto, los menores de edad pueden

proporcionar información falsa sobre su edad al registrarse con un simple *click*, ya sea porque no están al tanto de las políticas de edad mínima o porque quieren usar la plataforma a toda costa.

Como se ha comentado previamente, de acuerdo con el Reglamento de Protección de Datos de la UE, el tratamiento de datos personales de menores de 16 años contiene una especialidad en cuanto al consentimiento. Y es que, únicamente se considera lícito si el consentimiento fue otorgado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Sin embargo, falta de capacidad de demostrar que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela, significa que no pueden asegurar que el tratamiento de los datos personales de los menores de edad sea lícito.

Una medida igualmente idónea y eficaz para proteger la intimidad de los menores de edad sería que, en el caso de los menores de 16 años, el consentimiento lo ofrecieran los padres, como obliga el artículo 8.1 del Reglamento de Protección de Datos de la UE. De esta manera, se garantizaría que el tratamiento de los datos personales de los menores de edad sea lícito, ya que el consentimiento sería otorgado por la persona que ostenta la patria potestad o tutela sobre el niño.

Por todo ello, es necesario que las empresas de redes sociales se comprometan a proteger la privacidad e intimidad de los menores de edad, y para ello deberían buscar medidas que sean igualmente idóneas y eficaces, pero menos perjudiciales. Una medida posible sería la obligatoriedad de que el consentimiento lo ofrezcan los padres en el caso de los menores de 16 años, lo que garantizaría que el tratamiento de los datos personales de los menores sea lícito.

En cuanto a la solución, existen diversas medidas que pueden implementarse para cumplir con el subcriterio de necesidad en el tratamiento de datos personales de menores de edad en las redes sociales. Una de las más efectivas sería exigir la autorización de los padres o tutores legales de los menores para el tratamiento de sus datos personales. De esta manera, se asegura que la información que se maneja en la plataforma es legítima y cuenta con la aprobación de los responsables legales.

Además, las redes sociales podrían mejorar sus políticas de privacidad y seguridad, haciéndolas más claras y accesibles para los usuarios, especialmente para los menores de edad y sus padres. Esto permitiría que los usuarios comprendan de manera más clara cómo se están utilizando sus datos personales y cómo pueden ejercer sus derechos en relación con su privacidad.

Otra medida importante sería la educación y concienciación de los usuarios, especialmente los menores de edad, sobre los riesgos y peligros asociados al uso de las redes sociales. Las empresas podrían proporcionar información detallada y relevante sobre cómo proteger su privacidad y seguridad en la plataforma, así como sobre los riesgos asociados a compartir información personal con desconocidos.

En conclusión, existen otras medida con la misma idoneidad y eficacia para proteger el derecho a la intimidad que sea menos perjudiciales para tratamiento de datos personales de menores de edad. La autorización de los padres, herramientas de control parental, políticas de privacidad y seguridad más claras, y educación y concienciación de los usuarios, son algunas de las opciones que podrían ser adoptadas para garantizar una mayor protección de la privacidad de los menores en la era digital.

2.2. Personajes públicos

Es sorprendente la frecuencia con la que se escucha la idea de que los famosos no tienen derecho a la intimidad o a su propia imagen. No se debe olvidar que han pasado 45 años desde la promulgación de la Constitución (1978) y la Ley Orgánica 1/1982, que establecen estos derechos. Esta creencia no se limita a la opinión pública, ya que en ocasiones se expresa en los medios de comunicación y algunos juristas la defienden en ciertos juicios⁷¹.

Dado que ni la Constitución ni la citada Ley establecieron distinciones significativas entre personas públicas y privadas a la hora de aplicar los derechos (aparte de la excepción legal que permite caricaturas o imágenes de personas públicas tomadas en lugares públicos), deberíamos plantearnos si realmente necesitamos o no hacer estas distinciones y por qué sigue prevaleciendo en la sociedad la percepción de que no tienen derecho a protección legal.

En realidad, hay diferentes tipos de individuos en la práctica porque los medios de comunicación buscan y explotan esa diferencia: existe un interés más o menos amplio por saber qué hacen los famosos, cómo se comportan o cómo visten. Además, la curiosidad que despiertan no es comparable a la que despiertan quienes no están constantemente expuestos al ojo público⁷².

⁷¹ Fayos Gardó, A., “¿Tienen las personas públicas derecho a la intimidad y a la propia imagen?”, COMeIN, número 35, julio 2014.

⁷² Ídem.

Sin embargo, este interés general debe ser interés público para que aceptemos una información o una imagen. No se trata sólo de un juego de palabras sin sentido; lo primero es similar al cotilleo y no puede utilizarse para husmear en la vida personal de alguien. Según la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), el interés público se refiere a algo que es significativo o relevante para la formación de la opinión pública o que repercute en el conjunto de los ciudadanos o en la vida económica o política de la nación. Es algo mucho más serio y trascendental.

Subprincipio de necesidad

En el caso de los famosos, su derecho a la intimidad puede verse comprometido debido a la naturaleza pública de su trabajo y la atención que reciben por parte de los medios de comunicación y el público en general. Sin embargo, esta injerencia debe estar justificada y ser necesaria para el desarrollo de las redes sociales y el intercambio eficiente de información en ellas.

En este sentido, la medida restrictiva de la privacidad de los famosos puede considerarse necesaria si estos otorgan su consentimiento de forma libre y plena. Si los famosos deciden hacer públicas ciertas facetas de su vida, como su trabajo o su vida privada, pueden estar contribuyendo a la información disponible en las redes sociales.

No obstante, para que este consentimiento sea válido y se cumpla con el requisito de necesidad, debe ser obtenido de manera adecuada. Los famosos deben ser informados de manera clara y precisa sobre las consecuencias de compartir información en las redes sociales y sobre los derechos que les asisten en relación con su intimidad. Además, deben tener la libertad de tomar una decisión informada sin sufrir presiones o coacciones.

Dicho esto, en ciertos casos, las redes sociales pueden demostrar un interés general en cierta información de los personajes públicos, por ejemplo, para reportar noticias o investigar sobre temas de interés público. En estos casos, se podría argumentar que la injerencia en el derecho a la intimidad es proporcional y justificada en aras del interés público.

En conclusión, si se cumplen los mismos requisitos exigidos a cualquier persona para otorgar el consentimiento, obviamente la medida restrictiva de la privacidad de los famosos será considerada necesaria. Pero, además, las redes sociales pueden demostrar un interés general en cierta información de los personajes públicos, por ejemplo, para reportar noticias o investigar sobre temas de interés público. En estos casos, se podría argumentar que la injerencia en el

derecho a la intimidad es necesaria y justificada en aras del interés público, flexibilizando ligeramente la prestación del consentimiento.

No obstante, es importante tener en cuenta que la ponderación de los derechos enfrentados debe ser equilibrada y que se deben valorar todas las circunstancias relevantes en cada caso para determinar si la medida es proporcional en sentido estricto.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

En lo que se refiere al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, cabe destacar que la presencia de personajes públicos en las redes sociales es esencial para su éxito y, por ende, para la consecución de su finalidad de facilitar el intercambio eficiente de información. En este sentido, si no fuese por la presencia de estos personajes públicos en las redes sociales, es posible que éstas no funcionasen de manera tan eficiente y eficaz como lo hacen actualmente.

De acuerdo con el informe de Marketing Hub⁷³: *The State of Influencer Marketing 2023: Benchmark Report*, de apenas 1.700 millones de dólares en el momento del inicio de este sitio en 2016, el marketing de *influencers* creció hasta tener un tamaño de mercado estimado de 16.400 millones de dólares en 2022. Además, se espera que aumente otro 29 % hasta alcanzar los 21.100 millones de dólares en 2023 (Ver anexo 3).

Es innegable que los *influencers* tienen un papel fundamental en el éxito de las redes sociales. Las personas suelen seguir a estas figuras públicas para conocer sus vidas, sus opiniones y sus consejos, lo que les permite establecer una conexión emocional con ellos. Esta conexión es lo que impulsa a los usuarios a pasar más tiempo en las redes sociales, lo que a su vez aumenta el valor de estas plataformas para las empresas que buscan llegar a audiencias específicas.

Por tanto, sin la presencia de las celebridades, las redes sociales podrían no ser tan populares ni rentables como lo son hoy en día. Los usuarios probablemente no pasarían tanto tiempo en estas plataformas, lo que significaría menos oportunidades para las empresas de llegar a sus clientes potenciales. Además, muchos de los *influencers* utilizan las redes sociales para promocionar productos y servicios, lo que genera una gran cantidad de ingresos para ellos y para las empresas que los contratan.

⁷³ Geyser, W., “The State of Influencer Marketing 2023: Benchmark Report”, *Influencer Marketing Hub*, 7 de febrero de 2023.

En este contexto, es importante que se encuentre un equilibrio adecuado entre el derecho a la intimidad de las personas influyentes y la necesidad de las redes sociales de utilizar su imagen y contenido para atraer a los usuarios. En general, se considera que los famosos tienen un mayor grado de exposición pública y, por lo tanto, una menor expectativa de privacidad que las personas comunes y corrientes. No obstante, esto no significa que deban renunciar por completo a su derecho a la intimidad.

Por otro lado, es importante destacar que los personajes públicos utilizan las redes sociales como una herramienta para conseguir difusión, popularidad y, en última instancia, dinero a través de publicidad y patrocinios. En este sentido, son ellos los que se benefician en mayor medida de la exposición en redes sociales y, por tanto, de la eventual restricción en su derecho a la intimidad.

De hecho, de acuerdo con Philip Kotler, *“la mayor transformación significativa de la historia del marketing puede ser la provocada por la conectividad. La idea de las 4 P del marketing debería reformularse como las 4 C por el entorno hiperconectado en el que vivimos”* (co-creation, currency, communal activation, and conversation)⁷⁴.

Es decir, los famosos e *influencers* utilizan su propia imagen y vida privada como una forma de ganar seguidores y popularidad en redes sociales, lo que les permite tener más oportunidades de patrocinio y colaboración con marcas. Al compartir información sobre su vida personal, ya sea por elección propia o no, están contribuyendo a su propia promoción en línea y a aumentar su valor como figuras públicas.

Por lo tanto, se puede argumentar que las celebridades están dispuestas a asumir cierto grado de exposición pública como parte de su estrategia de marketing personal. En este sentido, la restricción en su derecho a la intimidad puede ser vista como una parte necesaria de su elección de utilizar las redes sociales como una herramienta de negocio.

Teniendo todo en cuenta, se puede concluir que, en términos de proporcionalidad en sentido estricto, la injerencia de las redes sociales en el derecho a la intimidad de los personajes públicos está justificada. En primer lugar, porque es necesaria y proporcionada para la consecución de la finalidad de las redes sociales de facilitar el intercambio eficiente de información.

⁷⁴ Kotler, P., Kartajaya, H., Setiawan, I., *Marketing 4.0*, LID, Madrid, 2018, p. 50.

En segundo lugar, porque ellos mismos utilizan las redes sociales como una herramienta para su propio beneficio y ganancia, y por tanto están dispuestos a asumir cierto grado de exposición pública. La exposición pública que obtienen a través de las redes sociales es esencial para su éxito en la industria del entretenimiento y la publicidad.

2.3. Personas fallecidas

Las personas siguen siendo objeto de protección cuando fallecen. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Esta reconoció de forma novedosa en su artículo 3 el derecho de acceso y, en su caso, rectificación o supresión a quienes estuvieran vinculados a personas fallecidas por razones familiares o de hecho y a sus herederos.

En este artículo se restringe el ejercicio de estos derechos cuando el fallecido lo hubiera prohibido. Pero, a reserva de la voluntad del fallecido, en su caso, quienes estuvieran vinculados a él por razones de parentesco o, de hecho, así como sus herederos, podrán solicitar su consulta y rectificación o supresión.

Subprincipio de necesidad

Lógicamente, ni la legislación nacional (LO 1/1982, LO 3/2018) ni comunitaria (RGPD) contemplan la posibilidad de que una persona fallecida ejerza sus derechos a la intimidad y privacidad. Ni físicamente, ni legalmente pueden las redes sociales requerir su consentimiento para la utilización de su información personal.

Sin embargo, si antes de fallecer, la persona en cuestión dio su consentimiento expreso para que se utilice su información personal y se permita su acceso a terceros, entonces las redes sociales podrán considerar que están cumpliendo el subprincipio de necesidad, ya que la persona habría dado su aprobación previa a la injerencia en su derecho a la intimidad.

Por lo tanto, el consentimiento debe haber sido dado antes del fallecimiento, ya que una vez que la persona ha fallecido, no es posible obtener su aprobación o consentimiento. Por lo tanto, si se cumplen todos los requisitos legales para la obtención del consentimiento, las redes sociales podrán utilizar la información personal de la persona fallecida siempre que se haya obtenido su aprobación previa.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Como se ha mencionado al inicio de este apartado, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018 establece que los familiares de una persona fallecida tienen derecho a subrogarse en los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que correspondían al fallecido en relación con sus datos personales. Esto significa que los familiares pueden solicitar acceso a los datos personales del fallecido, corregirlos si es necesario, cancelarlos o oponerse a su tratamiento.

Sin embargo, para garantizar el principio de proporcionalidad en la injerencia en el derecho a la intimidad de las personas fallecidas, es importante que la subrogación de derechos de los familiares se realice de manera cómoda y fácil, sin poner en riesgo la privacidad de otras personas o la protección de datos personales sensibles.

Por esta razón, se deben establecer mecanismos claros y sencillos para que los familiares puedan ejercer sus derechos de acceso y supresión de los datos personales del fallecido, sin obstáculos injustificados. Esto puede implicar, por ejemplo, la creación de formularios en línea que los familiares puedan utilizar para realizar sus solicitudes, la designación de un responsable de protección de datos que brinde orientación y asistencia a los familiares, o la implementación de protocolos de seguridad adecuados para garantizar la protección de los datos personales de los fallecidos.

Solución ofrecida por las redes sociales⁷⁵

Incluso en el caso de personas fallecidas, el derecho al olvido está reconocido en el mundo de las redes sociales. Sin embargo, ¿cómo se puede solicitar la eliminación de la información de cada red social? El sitio más utilizado, *Facebook*, tiene dos alternativas para gestionar la cuenta de un usuario fallecido.

La primera opción es pedir a *Facebook* que elimine el perfil del usuario. Para ello, los usuarios deben ponerse en contacto con *Facebook* y aportar pruebas del fallecimiento del usuario, así como de su relación con él. Esto se hace para garantizar que la eliminación del perfil se lleva a cabo de forma eficaz y sin interferencias de terceros.

⁷⁵ Castrillo, E., “Derecho al olvido en internet ¿qué pasa con las cuentas de los que ya no están?”, Elfielato y el Nora, 30 de octubre de 2021.

La segunda opción, que resulta intrigante, es la posibilidad de transformar el perfil en una "cuenta conmemorativa", lo que la convertiría en un lugar para que la gente recuerde a alguien y ofrezca sus condolencias. En este caso, la cuenta no se eliminará.

Al igual que *Facebook*, Instagram también permite a los usuarios solicitar la eliminación de sus perfiles aportando documentación que acredite el fallecimiento de su ser querido y su relación con el difunto. También existe la opción de convertir la cuenta en una "cuenta conmemorativa".

Ambas plataformas de redes sociales permiten a los usuarios nombrar un "contacto de legado" que se encargará de cancelar su cuenta. En el área de "Configuración y privacidad" del perfil en *Facebook*, se puede hacer esto, y en *Gmail*, se puede delegar en un "gestor de cuentas inactivas".

En el caso de *LinkedIn*, presentando la esquila del difunto y el nombre del último empleador para el que trabajó, se puede eliminar la cuenta de un familiar fallecido. Por otro lado, si se presenta una copia del poder notarial que permita al solicitante actuar en nombre del fallecido, *Twitter* le dejará gestionar la cuenta de esa persona. Esta copia debe enviarse junto con un formulario que contenga el nombre completo del fallecido, información sobre su cuenta y fotocopias de su documento de identidad y del del solicitante.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó el 13 de mayo de 2014 que, en principio, no es posible eliminar material de buscadores de internet como *Google*. Solo puede garantizarse la supresión de enlaces a sitios web o cuentas de redes sociales que incluyan información sobre el fallecido al utilizar su nombre en un motor de búsqueda. Buscadores populares como *Google* o *Yahoo* disponen de un formulario para solicitar el ejercicio de sus derechos subrogados de acceso y supresión. Los familiares pueden presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos si la plataforma no responde o no lo hace en la forma prevista.

Según la sentencia⁷⁶: *“La inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, es incompatible con el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995”*. Esta directiva fue derogada pero el mismo

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, C-131/12, Caso Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), cuestión prejudicial b).

contenido se recoge en el artículo 5.1 del actual RGPD. Recordemos: “*los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados*”.

De acuerdo con la sentencia, el motivo de la incompatibilidad se encuentra en la información. Se considera que, si la información “*es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda*”, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse.

Análisis de la solución

Las redes sociales y los motores de búsqueda han desarrollado diferentes mecanismos para permitir a los familiares y amigos de las personas fallecidas solicitar la eliminación o gestión de sus perfiles y datos personales. Estos mecanismos, en principio, buscan garantizar el derecho al olvido y el derecho a la privacidad de las personas fallecidas y sus familiares.

La efectividad de estos mecanismos depende de la facilidad con la que los familiares puedan subrogarse en los derechos ARCO-POL del fallecido, es decir, el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición a los datos personales. Si los familiares pueden ejercer estos derechos fácilmente y de forma efectiva, se puede considerar que los mecanismos son proporcionales y respetan los derechos de privacidad de los fallecidos y sus familiares.

Sin embargo, si se ponen trabas o no se limita el acceso a los datos personales de los fallecidos, puede considerarse que los mecanismos son desproporcionados y no cumplen con las obligaciones legales de protección de datos. Además, es importante destacar que el tratamiento de los datos personales de los fallecidos debe ser adecuado, pertinente y limitado a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Los datos personales solo deben utilizarse para los fines específicos y legítimos para los que se han recopilado cuando la persona dio su consentimiento en vida.

Tanto *Facebook* como *Instagram*, por ejemplo, ofrecen opciones para eliminar el perfil del usuario fallecido o convertirlo en una “cuenta conmemorativa”, lo que permite a los familiares y amigos recordar al difunto sin comprometer su privacidad.

Además, ambas plataformas permiten nombrar a un “contacto de legado” que se encargue de cancelar la cuenta en caso de fallecimiento del usuario. En el caso de *LinkedIn* y *Twitter*, también hay opciones para gestionar la cuenta de una persona fallecida a través de un poder

notarial o de la presentación de la esquila del difunto y el nombre del último empleador para el que trabajó.

Por otro lado, los motores de búsqueda como *Google* y *Yahoo* tienen formularios para solicitar el ejercicio de los derechos subrogados de acceso y supresión, lo que permite a los familiares solicitar la eliminación de enlaces a sitios web o cuentas de redes sociales que incluyan información sobre el fallecido al utilizar su nombre en una búsqueda.

En resumen, las redes sociales y los motores de búsqueda están cumpliendo efectivamente con la protección de datos personales y el derecho al olvido de los fallecidos, al garantizar que los familiares puedan subrogarse en los derechos ARCO-POL del difunto con facilidad y de forma efectiva. Dicho esto, no deben olvidar la exigencia de que los datos personales del fallecido sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Esta segunda cuestión deberá ser analizada caso por caso.

VI. Conclusiones

El problema tratado en este estudio tiene su origen en que el uso de redes sociales exige a los usuarios dar acceso a sus datos personales. Consecuentemente, las redes sociales suponen una amenaza para el derecho a la intimidad y para la protección de los datos personales como una forma especial de respeto del derecho a la intimidad. La cuestión que se ha buscado resolver es si esa cesión de datos implica una vulneración desproporcionada del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE).

Como asegura A. Garriga, “*la sociedad de control ha venido para quedarse*”⁷⁷. El análisis de grandes conjuntos de datos se ha convertido en una fuente valiosa de datos que tiene una gran importancia económica y social. Aunque las tecnologías de la información pueden ofrecer beneficios significativos, estas implican varios riesgos para los derechos y libertades de las personas⁷⁸.

Ante tal amenaza, se ha trabajado en los últimos años en la implementación de regulaciones que aseguren el respeto y la protección de estos derechos. En España, la legislación aplicable en materia de protección de datos y privacidad en redes sociales es principalmente la europea, con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que entró en vigor en mayo de 2018. A nivel nacional se encuentran la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Aunque se han establecido regulaciones, aún pueden surgir asuntos serios relacionados con las normas, interpretaciones y alcance del derecho a la intimidad. Para clarificar estos asuntos y garantizar su adecuado equilibrio con otros derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha desempeñado una función vital que debe ser valorada y reconocida. La jurisprudencia española relacionada con la intimidad y las redes sociales ha evolucionado constantemente, asignándole una mayor relevancia a esta problemática y precisando diversos aspectos. En vista de este cambio progresivo, el Tribunal ha destacado la importancia de aplicar el método de ponderación de intereses para abordar los casos que involucran el derecho a la intimidad.

⁷⁷ Garriga Domínguez, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, S.L, Madrid, 2016, pp. 27-29.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 83.

Siguiendo la línea jurisprudencial, con el fin de contrastar la hipótesis de este estudio se ha recurrido a la herramienta jurídica conocida como el principio de proporcionalidad. Para que se cumpla este principio, es necesario que la injerencia en el derecho a la intimidad supere tres juicios o subprincipios: la adecuación/idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. El cumplimiento de un subprincipio es condición necesaria pero no suficiente para superar el examen de proporcionalidad. Los tres juicios deben ser superados para alcanzar una injerencia proporcional.

En primer lugar, el **subprincipio de idoneidad** o “juicio de adecuación” establece que cualquier restricción del derecho a la intimidad a través de las redes sociales debe ser adecuada para facilitar el intercambio eficiente de información.

Una vez realizado el “juicio de adecuación”, se puede concluir que el intercambio de información que tiene lugar en las redes sociales es efectivo y eficiente. Las redes sociales tienen muchos beneficios para la interacción social, la colaboración y la comunicación de noticias y eventos. Además, estas permiten la segmentación de grupos de población con intereses y afinidades comunes, lo que facilita la transmisión y recepción de información específica y relevante para cada grupo. Por último, las redes sociales permiten la actualización constante de la información y la colaboración entre usuarios, lo que garantiza una mayor precisión y calidad de los datos intercambiados.

En segundo lugar, el **subprincipio de necesidad** implica que la medida restrictiva es necesaria porque no hay otra medida igualmente idónea, que sea igualmente eficaz, pero menos lesiva para el Derecho a la intimidad. Por último, el **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto** impone que debe existir una equilibrada ponderación entre la intensidad de afectación e importancia de satisfacción de los derechos enfrentados.

Para estos dos subprincipios, ha sido procedente presentar 3 escenarios a los que aplicar el análisis de proporcionalidad:

En cuanto a los MENORES DE EDAD, las redes sociales no superan el juicio de necesidad. El Reglamento de Protección de Datos de la UE establece que el tratamiento de los datos personales de menores de 16 años solo se considerará lícito si el consentimiento fue otorgado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Con las herramientas actuales usadas por las redes sociales, no pueden garantizar que el tratamiento de los datos personales de los menores de edad sea lícito.

Cualquier menor puede prestar consentimiento mediante un simple *click*, sin necesidad de superar un sistema de verificación de edad. De acuerdo con las exigencias del RGPD, ese consentimiento que no puede considerarse una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado. Por lo tanto, cualquier solución que garantizase un consentimiento lícito sería una medida igualmente idónea y eficaz, pero menos lesiva para el derecho a la intimidad de los menores.

Respecto a los PERSONAJES PÚBLICOS, en principio se considera que no hay ningún problema respecto al subprincipio de necesidad, bastará con un consentimiento adecuado. Y, además, hay que sumarle que las redes sociales pueden demostrar un interés general en cierta información de los personajes públicos para justificar la necesidad de sus actuaciones. En la misma línea, la restricción de su derecho a la intimidad personal en las redes sociales se ajusta al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto por dos motivos:

En primer lugar, la presencia de los famosos en las redes sociales es esencial para su éxito y para la consecución de la finalidad de las redes sociales de facilitar el intercambio eficiente de información. En segundo lugar, los personajes públicos utilizan las redes sociales como una herramienta para su propio beneficio y ganancia, por lo que están dispuestos a asumir cierto grado de exposición pública como parte de su estrategia de marketing personal. Por tanto, la restricción en su derecho a la intimidad puede ser vista como una parte necesaria de su elección de utilizar las redes sociales como una herramienta de negocio.

Por último, se encuentra el ambiguo caso de las PERSONAS FALLECIDAS. Para superar el juicio de necesidad, bastará con que antes de fallecer, la persona en cuestión diese su consentimiento expreso para que se utilice su información personal y se permita su acceso a terceros. En cuanto a la proporcionalidad *stricto sensu*, las redes sociales están cumpliendo efectivamente con la protección de datos personales y el derecho al olvido de los fallecidos. Esto se debe a que, en líneas generales, se garantiza que los familiares pueden subrogarse en los derechos ARCO-POL del difunto con facilidad y de forma efectiva.

No obstante, para asegurar la proporcionalidad es vital que los datos personales que se mantienen del fallecido sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Esta cuestión deberá analizarse de forma pormenorizada, *ad casum*.

Desde el escándalo de *Facebook* y *Cambridge Analytica*, ha habido un mayor énfasis en la protección de la privacidad y los datos personales de los usuarios en línea. Los avances en

legislación y jurisprudencia en materia de privacidad y protección de datos personales han sido considerables. Gracias a estos avances, las redes sociales se han visto obligadas a realizar, en líneas generales, una injerencia lícita en los derechos de los usuarios. Desafortunadamente, no hay garantía de que lo hagan en el futuro.

Las tecnologías y prácticas de recopilación de datos están en constante evolución, y es posible que surjan nuevas formas de violar la privacidad y los derechos de los usuarios. En la era digital, proteger nuestros derechos en línea es un desafío que exige una vigilancia activa y una defensa constante.

VII. Bibliografía

1. Legislación

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (BOE 3 de junio de 1982).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE 7 de diciembre de 2018).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE 16 de febrero de 1996).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE 7 de diciembre de 2018).

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (BOE 19 de abril de 2008).

Convenio número 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. (BOE 15 de noviembre de 1985).

Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. (Boletín Oficial de la UE 17 de septiembre de 2015).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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. (Boletín Oficial de la UE 5 de mayo de 2016).

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3.

Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

Sentencia Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, FJ, 4.

Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7

Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.

Sentencia del Tribunal Supremo 134/1999, de 15 de julio, FJ 4.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de marzo de 1990. Caso Gropera Radio AG y otros c. Suiza, FJ 2.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, C-131/12. Caso Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), cuestión prejudicial b).

3. Obras doctrinales

Adalia Linares, R., “Las redes sociales y la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores”, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Valladolid, 2018. (Disponible en:

https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/31444/TFG-D_0689.pdf?sequence=1&isAllowed=y ; última consulta 15/03/2023).

Agencia Española de Protección de Datos, “Protección de datos y administración local”, Guías sectoriales AEPD, 2018. (Disponible en:

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2018/Guia_Proteccion_Datos_Administracion_Local.pdf ; última consulta 18/03/2023).

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª ed., CEPC. Madrid, 2022.

Arrazola, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indicas*, Nabau Press, Madrid, 2012.

Barak, A., *Proporcionalidad, los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, Lima, 2017.

Barriuso Ruiz, C., “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, Anuario Facultad de derecho, Universidad de Alcalá II, Madrid, 2009, pp.301-338. (Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf ; última consulta 27/03/2023).

Barnes, J. *El principio de proporcionalidad, Estudio preliminar*, Cuadernos de Derecho Público, número 5, 1998.

Benkler, Y. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, Connecticut, 2006.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Castilla Barea, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011.

Cazurro Barahona, V. *Prácticum protección de datos*, Thomson Reuters, Madrid, 2015.

- Díez-Picazo, L., Gullón A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Encabo Vera, M., *Derechos de La personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Fayos Gardó, A., “¿Tienen las personas públicas derecho a la intimidad y a la propia imagen?”, COMeIN, número 35, julio 2014.
(Disponible en: <https://doi.org/10.7238/c.n35.1448>; última consulta 7/04/2023).
- Garriga Domínguez, A., *Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Garriga Domínguez, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, S.L, Madrid, 2016.
- Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29., “Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea”, adoptado el 12 de junio de 2009.
<https://www.aec.es/conocimiento/documento/dictamen-5-2009-sobre-las-redes-sociales-en-linea/>
- Hogg, P., *Constitutional Law of Canada*, Thomson Carswell, Toronto, 2007.
- Ibler, M., “Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, número 50/51. Valencia, 2005, p. 3.
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación – INTECO y Agencia Española de Protección de Datos, “Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online”, 2009. (Disponible en: http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/portal_social/index/assoc/inteco00/01.dir/inteco0001.pdf ; último consulta el 10/04/2023).
- Isaak, J., Minna, J.H., “User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection”, IEEE Computer Society, volumen 51, número 8. Washington, 2018, pp. 56-59. (Disponible en: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8436400>; última consulta 10/04/2023).
- Kotler, P., Kartajaya, H., Setiawan, I., *Marketing 4.0*, LID, Madrid, 2018.
- Kumm, M., “What do you have in virtue of having a Constitutional Right?: On the place and limits of proportionality requirement”, Law School University, Public Law Research, número 06-41. Nueva York, 2006. (Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952034 ; última consulta 28/03/2023).
- Londoño Toro, B., *El derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen enfrentado a las nuevas tecnologías informáticas*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 1987.
- Martínez de Pisón, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, Anuario de filosofía del derecho, número 32, 2016, pp. 409-436. (Disponible en;

- <https://investigacion.unirioja.es/documentos/5c13b280c8914b6ed377ea05> ; última consulta 12/04/2023).
- Martínez, E; Pacheco, M., Atauri, D., “Redes sociales digitales: propuestas para una protección jurídica de sus usuarios en España”, Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social, volumen 4, número 2, Bogotá, 2011. (Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/disertaciones/article/view/3904>; última consulta 6/04/2023).
- Mayor Gómez, R., *Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos en la UE*. Gabilex, número 6, 2016. (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5698351.pdf> ; última consulta 30/03/2023).
- Morales Prats, F., *La Tutela penal de la Intimidación; privacy e Informática*, Editorial Destino, Madrid, 1984.
- Nowak, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary. 2005.
- Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Rebollo Delgado, J., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Rodríguez–Piñero, M., Casas Baamonde M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- Ruiz, B. R., *Privacy in Telecommunications: A European and American approach*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997.
- Salgado Seguin, V., “Intimidación, privacidad y honor en Internet”. Revista Telos, Fundación telefónica, número 85, Madrid, 2010. (Disponible en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/intimidacion-privacidad-y-honor-en-internet/>; última consulta 2/04/2023).
- Torrent, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Editorial Edisofer, Madrid, 2007.
- Toste Rodríguez, E., “El derecho a la intimidad en la nueva era tecnológica”, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2019. (Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/7122/Derecho%20a%20la%20intimidacion%20y%20a%20la%20propia%20imagen%20en%20las%20redes%20sociales.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ; última consulta 15/03/2023).
- Vaninetti, H.A., *Derecho a la intimidad en la era digital*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.
- Volpato, S., “El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información”. Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- Warren, S., Brandeis, L., “The Right to Privacy. Harvard Law Review”, volumen 4, número 5, 1890, pp. 193-220. (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1321160> ; última consulta 11/04/2023).

Wilson, R., “Cambridge Analytica, Facebook, and Influence Operations: A Case Study and Anticipatory Ethical Analysis”, European Conference on Cyber Warfare and Security, Coimbra, 2019. (Disponible en: <https://www.proquest.com/conference-papers-proceedings/cambridge-analytica-Facebook-influence-operations/docview/2261006731/se-2> ; última consulta 20/03/2023).

4. Recursos de Internet

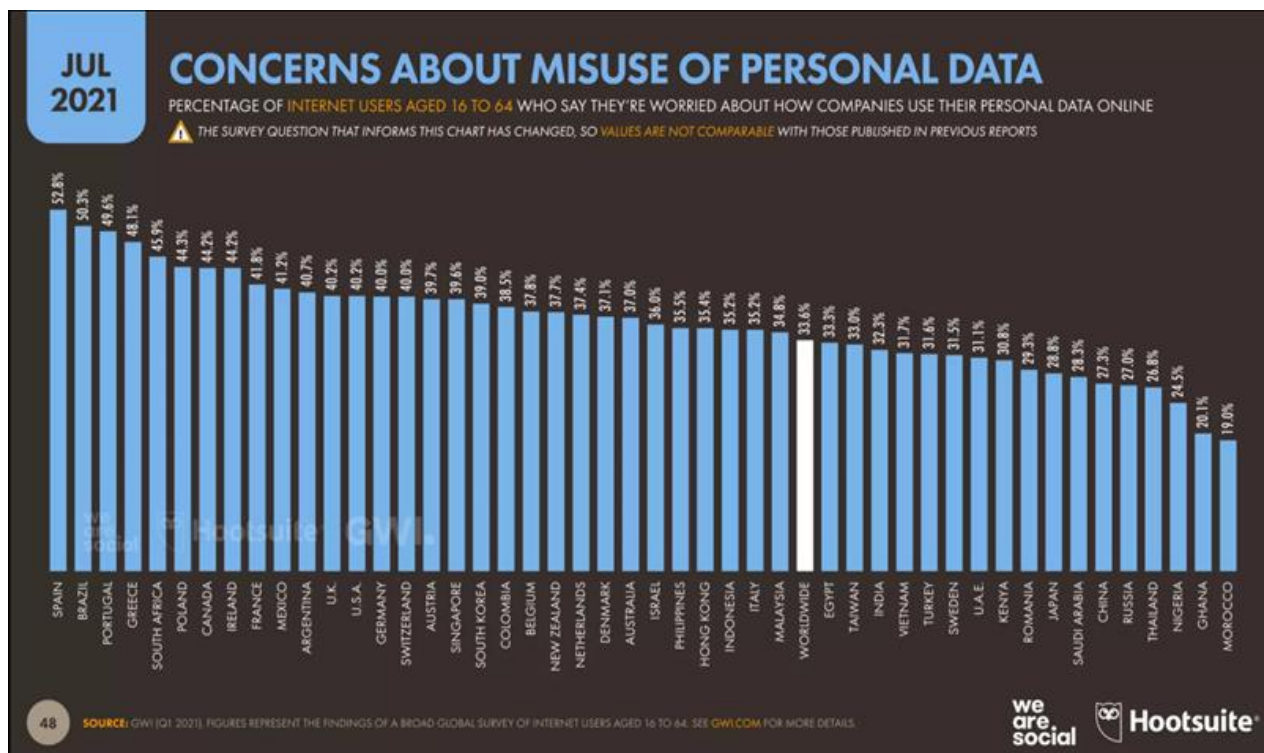
Geysler, W., “The State of Influencer Marketing 2023: Benchmark Report”, *Influencer Marketing Hub*, 7 de febrero de 2023. (Disponible en: <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report/>; última consulta 8/04/2023).

Kemp, S., “Digital 2021 global report”, *Global Web Index*, 27 de enero de 2021. (Disponible en: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>; última consulta 20/03/2023).

Castrillo, E., “Derecho al olvido en internet ¿qué pasa con las cuentas de los que ya no están?”, *Elfielato y el Nora*, 30 de octubre de 2021. (Disponible en: <https://www.elfielato.es/articulo/el-fielato/derecho-olvido-internet-fallecidos/20211030184030035927.html> ; última consulta 12/04/2023).

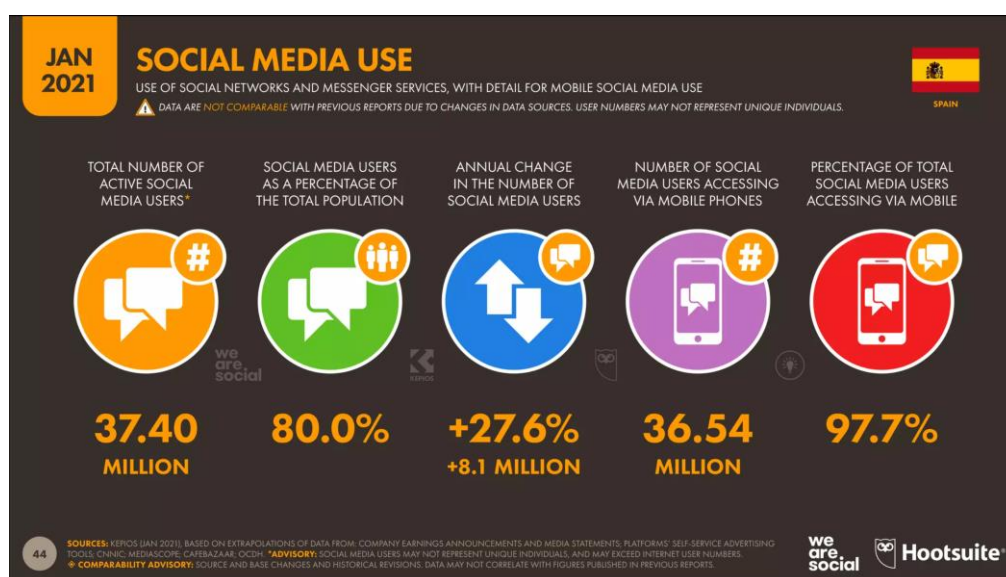
VIII. Anexos

Anexo 1: Preocupación por el uso que dan las compañías a los datos personales de cada país



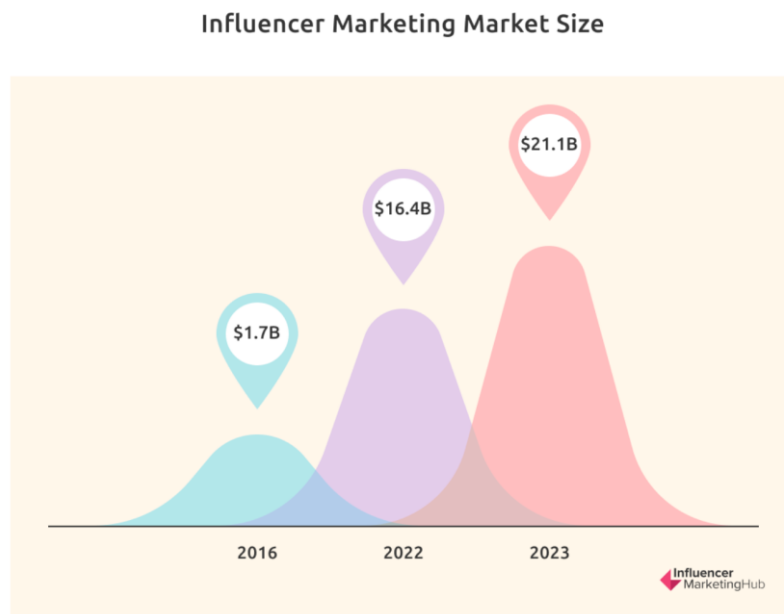
Fuente: Kemp, S., “Digital 2021 global report”, *Global Web Index*, 27 de enero de 2021.

Anexo 2: Usuarios activos en redes sociales en España



Fuente: Kemp, S., “Digital 2021 global report”, *Global Web Index*, 27 de enero de 2021.

Anexo 3: Evolución del mercado de marketing de *influencers*



Fuente: Geysler, W., “The State of Influencer Marketing 2023: Benchmark Report”, *Influencer Marketing Hub*, 7 de febrero de 2023.