

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PROTECCIÓN
DE DATOS Y EL OLVIDO DIGITAL: PIEZA CENTRAL, PERO,
¿SUFICIENTE?

*THE AUTONOMY OF THE WILL IN DATA PROTECTION AND DIGITAL
FORGETFULNESS: CENTRAL PIECE, BUT ENOUGH?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 100-123



Alejandro
ARAQUE
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Cuando hablamos de Internet, surgen miles de posibilidades, pero también otras tantas amenazas. ¿Cuáles son las herramientas para protegernos? La ley, la jurisprudencia y la doctrina han configurado el derecho a la protección de datos personales como una autodeterminación informativa, pretendiendo culminarla con el llamado olvido digital, una figura cualitativamente muy restringida, que nos hace plantearnos hasta qué punto es factible hablar estrictamente de ese olvido y no de otros derechos.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos, RGPD, olvido digital, derechos ARSLOP, autonomía de derechos.

ABSTRACT: *when we talk about the Internet not only are there thousands of opportunities, but also thousands of threats. Which tools will give us protection against them? The Law, the jurisprudence and the scientific doctrine have managed to shape the data protection's right as a self-determination of our personal information. It is claimed that the so-called 'oblivion's right', which is qualitatively very restricted, is its peak but, to what extent is it feasible to claim such strict oblivion rather than others?*

KEY WORDS: *Data protection's right, RGPD, digital oblivion, ARSLOP rights, rights' autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA. 1. La protección de datos como derecho autónomo. A) Unión Europea. B) España. 2. Reglamento General de protección de datos personales 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo. A) Objeto. B) Habeas data: derechos ARSLOP. C) El consentimiento, pieza clave de la protección de datos. III. EL LLAMADO DERECHO AL OLVIDO. 1. Olvido como derecho a la inaccesibilidad o barrera a los datos personales.- A) Caso TJUE Costeja vs. Google. B) Caso TC y TS Ediciones el País S.L.- C) Legislación comunitaria y nacional: arts. 17 RGPD y arts. 93 y 94 LOPD.- 2. Olvido como derecho al borrado de datos, un paso más. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La materia que nos ocupa encaja perfectamente en el aforismo latino “ubi societas, ibi ius”, ya que ha sido el desarrollo de la tecnología el que ha generado la necesidad de una protección efectiva de los datos personales mediante distintos instrumentos. Nos referimos al derecho a la protección de datos personales y al olvido digital.

Por un lado, analizaremos la protección de datos europea, desde el nivel regional de la UE hasta el nacional, con especial referencia al RGPD (2016) que permitió sentar unas bases comunes a todos los países de la Unión y aumentar la protección efectiva de los datos mediante los derechos “ARSLOP”, adoptando implícitamente la visión germanista de esta materia, conocida como autodeterminación informativa (“informationelle Selbstbestimmung”).

Por otro, profundizaremos en la novedosa figura del derecho al olvido digital, que, a priori podría parecer una consecuencia de la protección de datos pero que en su configuración parece erigirse como derecho autónomo, relacionado, aunque independiente, hasta constituir el último paso para completar los derechos, ya mencionados e incluidos en el RGPD, que permiten proteger nuestra información personal. El estudio de las aportaciones doctrinales permitirá cuestionarnos si existe efectivamente ese derecho al olvido “stricto sensu” o estamos ante su desarrollo progresivo. Hasta qué punto llegará su alcance es algo todavía en discusión porque, ¿puede obligarse a la sociedad a olvidar aquello sobre lo que dimos nuestro consentimiento o información que se refiere a nosotros? ¿Y sobre qué se fundamenta ese olvido, exclusivamente sobre nuestra voluntad personal o deben ponderarse otros derechos e intereses?

• **Alejandro Araque García**
Estudiante Predoctoral de la Universidad de Málaga.
aaraque@uma.es.

II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA

I. La protección de datos como derecho autónomo

En este apartado analizaremos esta materia desde un punto de vista nacional y supranacional, por la relevancia progresiva que han ido teniendo y tendrán en nuestro ordenamiento las decisiones, entendidas en su sentido más amplio, de las distintas OOI a las que pertenece España, en particular la Unión Europea, por la influencia más directa de la jurisprudencia del TJUE y de la regulación comunitaria en la nacional.

A) Unión Europea

Uno de los problemas iniciales que se encontró el TJUE/ TJCE fue la falta de base material para entrar a juzgar derechos fundamentales ya que los Tratados, si bien versaban sobre materias económicas y de movimiento de los factores productivos e incidían claramente en algunos de ellos, omitían un capítulo relativo a los mismos¹. No obstante, ello no impidió la acción del TJUE en aras de la tutela de los mismos, pudiendo distinguir dos fases en su jurisprudencia. La primera, de inhibición completa de la protección de los derechos fundamentales, remitiendo a los ordenamientos nacionales. La segunda, de protección de los mismos, especialmente desde las STJUE 17 diciembre 1970² o “Internationale Handelsgesellschaft”, y STJUE 12 noviembre 1969³, conocida como caso “Stauder”. En esta, el Tribunal pasa indirectamente por la cuestión, mientras que, en aquella, alude a la primacía del derecho comunitario sobre los nacionales y fundamenta el respeto a los derechos fundamentales en los Principios Generales del Derecho. Por tanto, vemos ese cambio de tendencia con el inicio de la protección de los DDFF desde una instancia supranacional, algo que mucho más tarde se confirmaría con la inclusión de la CDFUE⁴ en el derecho primario de la Unión⁵, en la que ya está plasmada explícitamente la autonomía de este derecho, concretamente en su art. 8.

1 Se entiende claramente esta idiosincrasia de los Tratados por el momento de posguerra e inicio de la Guerra Fría, cuando los países habían comenzado un tímido acercamiento.

2 STJUE 17 diciembre 1970 (ECLI:EU:C: 1970:114).

3 STJUE 12 noviembre 1969 (ECLI:EU:C: 1969:57).

4 Aunque se aprobó en Niza el 7 de diciembre de 2000, realmente hubo incertidumbre sobre el valor jurídico que tenía, dado que no formaba parte del derecho primario de la UE, si bien con la firma del Tratado de Lisboa, se le reconoció dicho valor en el art.6.1 TUE.

5 Con la salvedad de Gran Bretaña y Polonia (aunque la primera ya no es relevante dado su abandono de la UE a principios de 2021), quienes se opusieron, dando lugar al Protocolo 30, con un régimen especial para ambos, que incluye, entre otros, la no aplicación interna ni en los tribunales de la UE las disposiciones de la CDF.

No obstante, debemos señalar la problemática indicada por RUIZ MIGUEL⁶ sobre dicho reconocimiento inicial del TJUE ya que, al justificarlo con el establecimiento del mercado interior peca de usar argumentos muy laxos y abiertos, en tanto en cuanto, siguiendo esa línea, casi cualquier derecho podría ser reconocido y desarrollado positivamente en la entonces Comunidad Europea, sin necesidad de modificar el derecho originario. Además, señala que el mismo tribunal reconoció posteriormente la falta de competencia para modular y desarrollar dichos derechos, además de la problemática más formal, relativa al recurso del principio de subsidiariedad, como base de competencias en esta materia.

Por otro lado, encontramos los desarrollos más positivos, instrumentalizados fundamentalmente a través de directivas, hasta el novedoso RGPD⁷. En todos ellos, si bien se han conservado algunas características, comprobaremos la evolución de ciertos aspectos, especialmente del llamado derecho al olvido.

B) España

Nuestra Constitución, al menos en esta materia, podríamos calificarla como novedosa y anticipada, ya que en su art.18.4º recoge que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Ahí reside la novedad, en la previsión tan anticipada que tendría la “informática” (la “tecnología” podríamos decir más ampliamente) y la necesidad de limitarla en caso de conflicto con otros derechos fundamentales. Esta previsión, en el Capítulo II, ni más ni menos, del Título I, permitirá la construcción jurisprudencial, primero, por la timidez de la legislación, pasando al plano más positivo-legal, después, del derecho a la “autodeterminación informativa”⁸.

Hasta llegar a esa concepción de la protección de datos, el Tribunal ha pasado por varias fases⁹, de las que nos limitaremos a comentarlas en sus aspectos

6 RUIZ MIGUEL, C.: “El derecho de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico”. *Revista de Derecho Comunitario*, 2003, núm. 14º, pp.15 y ss.

7 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 y por el que se deroga la directiva 95/46/CE.

8 El origen de esta expresión, la encontramos en la Sentencia del “Bundesverfassungsgericht” 65,1 de 1983, relativa a la Ley de Censos del mismo año. Algunas ideas interesantes las encontramos en SCHWABE, J.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Konrad Adenauer Stiftung e. V., Berlín, 2009, pp. 95-102. Aquí se señala que el Alto Tribunal enlaza este nuevo derecho con el derecho general de la personalidad (art. 2. 1º en relación al art. 1. 1º de la Ley Fundamental de Bonn), como medio de protegerlo frente a las amenazas del desarrollo tecnológico, en el que la inmediatez de disposición de datos es una nota fundamental y, por tanto, una potencial amenaza para los individuos. Así, se reconoce la capacidad de decidir la transmisión de todos los datos que puedan ser objeto de ello, pero no ilimitadamente, sino que el legislador deberá medir su restricción en consonancia al principio de proporcionalidad en aras del interés público.

9 Para un estudio más exhaustivo “vid.” MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”. *Revista de Estudios Políticos*, 1999, núm. 104º, pp. 35-60, y POLO ROCA, A.:

más relevantes, constituyendo el punto de inflexión¹⁰ las SSTC 290/2000 (RTC 2000,290) y 292/2000 (RTC 290,2000), de 30 de noviembre, cuando el Tribunal reconoce la autonomía del derecho, con todas sus implicaciones.

En aquella, se reconoce que el art. 18.4 CE “contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además, en sí mismo, “un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos”¹¹ y que dicho derecho fundamental “garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales”. En la segunda sentencia citada, también el Tribunal se apoya en que, mientras “el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aport[a] por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico¹²”, el recogido en el apartado cuarto del mismo artículo “atribuye a su titular un haz de facultades [...] cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que, conforme al art. 18.4 CE, debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE)”.

Es por tanto reseñable, cómo nuestro TC distingue ambos derechos contenidos en el mismo artículo, basando dicha peculiaridad “en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran¹³”, acogiendo, por tanto, la visión germanista¹⁴, como derecho fundamental autónomo de la persona¹⁵, concretamente como “autodeterminación informativa”, si bien la regulación positiva lleva consigo unas limitaciones materiales que expondremos

“El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”. *Revista de Derecho Político*, 2020, núm. 108º, pp. 165-193.

- 10 Desde la novedosa STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993/254), muy citada por el mismo TC en sus sentencias relativas a esta materia, siguiendo a MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: “La construcción”, cit., pp. 8 y ss. se empieza por reconocer un “derecho a la privacidad” que difiere materialmente del concepto de “protección de datos personales” gracias a la LORTAD y al convenio 108 del Consejo de Europa, basándose en el art. 10.2 CE relativo a la interpretación de derechos fundamentales y libertades a la luz de la DUDDHH y demás tratados ratificados. No obstante, destaca el autor la disparidad de argumentos en la misma sentencia, ya que, aunque se basa en instancias supranacionales de que forma parte España para reconocer el derecho, también llega a reconocer la autonomía del derecho en su FJ 6º, si bien luego lo enlaza con la intimidad.
- 11 STC 290/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000,290), FJ 7º.
- 12 STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000,292), FJ 4º.
- 13 “Ibid.”, FJ 5º.
- 14 Ya hemos visto “supra”, cómo y cuándo el TC alemán reconoce la protección de datos, pero aquí debemos resaltar que Alemania fue pionera en la regulación de esta materia, al aprobarse en 1970 en el Estado de Hesse la “Datenschutzgesetz”, y, como norma federal para todo el territorio, la “Bundesdatenschutzgesetz” en 1977.
- 15 A modo de ejemplo, en la reciente STC 67/2020, de 29 de junio (RTC 2020/67), al igual que en otras muchas, el TC señala en FJ 4º “lo primero que debe precisarse es que el art. 18.4 CE, que garantiza el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal...”. No tan importante es el contenido del caso en sí para el estudio de esta materia, sino la argumentación del Tribunal, al ya tener plenamente incorporado el derecho que venimos analizando.

seguidamente y que impiden la eficacia completa de ese hipotético control absoluto sobre nuestra información.

2. Reglamento General de protección de datos personales 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo

A) Objeto

Aprobado en 2016, supone un cambio cualitativo en la regulación de esta materia, quizás motivado por las regulaciones nacionales, bastante avanzadas en cuanto al reconocimiento del mismo como derecho, influidas por las respectivas jurisprudencias de sus Altos Tribunales, del TJUE y, paralelamente, del TEDH, permitiendo la actualización de una materia en constante cambio, y no solo armonizar las distintas legislaciones nacionales con unos mínimos indispensables. Además, al hacer uso del reglamento¹⁶, se refleja la relevancia que la materia tiene, siendo plenamente aplicable desde su aprobación.

Ya el primer artículo fija su objeto: la protección del tratamiento y libre circulación de los datos personales, en particular, pero, también, el resto de derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, vedando la restricción o prohibición de la libre circulación de los datos personales en la UE por motivos de tratamiento de los mismos. Además, como medios coactivos, se prevén sanciones penales y administrativas (Capítulo VII), endurecidas de manera muy notoria. Además, también se debe tener en cuenta el marco en el que el tratamiento que pretende ser válido y seguro se encuadra, delimitado por los principios del art. 5 RGPD: licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, así como la responsabilidad proactiva del responsable del mismo.

En cuanto a los considerandos, ya en el primero se reconoce la protección de las personas físicas¹⁷ en relación con el tratamiento de datos personales como derecho fundamental¹⁸, con dos notas importantes: “al servicio de la humanidad” y sin carácter absoluto. Con el desarrollo de las nuevas tecnologías¹⁹, entendidas con un significado expansivo, muchos derechos van a entrar en conflicto, por lo

16 En el considerando 13 se dice que este instrumento permitirá proporcionar “seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos”.

17 Mientras que es aplicable a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad o residencia, las personas jurídicas están expresamente excluidas (considerando 14). También es de remarcar la expresa omisión de las personas fallecidas respecto al objeto del RGPD (considerando 27). Sin embargo, en línea con lo expuesto por PLAZA PENADES, J.: “El nuevo marco normativo de la protección de datos”. *Actualidad civil*, 2018, núm. 5º, p. 5, se debería extender los derechos que a continuación comentaremos, aunque limitados a acceso, rectificación y cancelación, a las personas jurídicas ya que “el daño derivado del tratamiento erróneo de los datos es el mismo”.

18 Se basa en las fuentes de derecho comunitario: arts. 8.I CDF y 16.I TFUE.

19 En el texto se mencionan eventualidades como la integración económica y social resultante del mercado interior, dando como resultado el incremento de los flujos transfronterizos de datos personales

que es esencial el principio de proporcionalidad para ver cuál prevalece en el caso concreto.

Otro punto destacable, paralelo a su inmediata efectividad, es el recogido en los considerandos 8 y 10, que reconocen la posibilidad de adaptación e incorporación a las legislaciones nacionales por motivos de coherencia y comprensibilidad de sus destinatarios, sin perder de vista el fin principal de garantizar “un nivel uniforme y elevado de protección [...] y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales”, algo que vemos reflejado, en el caso particular de España²⁰, en la LOPD. Sin embargo, el límite es preciso en el caso de firmar otros acuerdos internacionales de la misma materia, y es la garantía de un nivel adecuado de protección de los derechos fundamentales sin afectar al RGPD²¹.

B) *Habeas data*: derechos ARSLOP

Antes de proceder a desarrollar todos los derechos reconocidos, debemos remitirnos al concepto “*habeas data*” para aproximarnos nuevamente a esa autodeterminación informativa, ya que existe una gran relación entre esa “disposición de datos” y el catálogo de derechos que posibilita ese control total, pero progresivo, y que se ha visto aumentado²² por el RGPD, dando lugar a los siguientes derechos, que comentaremos brevemente, salvo el de supresión, por su expresa vinculación con la segunda parte de este trabajo, y a la que nos remitimos.

- Acceso²³: permite al afectado solicitar acceso al responsable del tratamiento para conocer no solo los datos²⁴, sino información relativa a los fines del tratamiento, las categorías de datos, los destinatarios que los conocerán, etc., si bien especificando los que desea consultar, en caso de que sean numerosos. No obstante, encontramos un límite “*ad extra*”: no puede conculcar el derecho de los demás, concretamente “derechos y libertades

(considerando 5), la rápida evolución tecnológica y la globalización (considerando 6) que hacen necesario un reforzamiento del marco jurídico de la protección de datos.

20 En España, se aprobó la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre de 2018). Aunque sería interesante un análisis y comparación más completos, por exceder del objeto del trabajo, nos limitaremos a comentar alguna coincidencia o divergencia. En caso de conflicto, prevalece el RGPD por la primacía del derecho comunitario reconocido por el TJUE en sentencias como STJUE 15 julio 1964, *Costa vs. Enel*. (ECLI:EU:C: 1964:66).

21 Considerando 102.

22 Así, se pasa de los derechos “ARCO” a los derechos “ARSLOP”, con un incremento claro y una actualización/sustitución de la “C” de “cancelación”.

23 Arts. 13 y 15; considerandos 63 y 64.

24 Se especifica que se debe facilitar una copia de los mismos, pudiendo percibir por las demás solicitadas un canon razonable según los costes administrativos. En principio, establece el art.12 RGPD que la información de los arts. 13 y 14, así como las actuaciones en el marco de los arts. 15 a 22 y 34 será gratuitas, aunque cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, sobre todo por su carácter repetitivo, el responsable podrá cobrar un canon razonable según los costes ya mencionados o negarse a actuar respecto a la solicitud, aunque deberá demostrar dicho carácter. El hecho de solicitarse por medios electrónicos dicha petición, vincula al responsable respecto al formato de la copia.

ajenos, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos”, pero tampoco puede impedir el derecho al acceso²⁵. Y otro límite “ad intra”: se especifica que el responsable no conservará datos personales con el solo propósito de responder a solicitudes.

- Rectificación²⁶: enlazado con los principios de exactitud y actualización de los datos tratados, permite al interesado, sin dilación indebida, obtener la rectificación de los datos que le conciernan y completar los que estuvieran incompletos, debiendo el responsable informar a cada destinatario de los mismos del cambio, salvo que fuera desproporcionado el esfuerzo requerido, pudiendo el interesado pedir información sobre dichos destinatarios.
- Limitación²⁷: además de las últimas consideraciones del derecho anterior, comunes a los derechos de rectificación y supresión, la limitación viene condicionada por una serie de actuaciones por parte del interesado: la impugnación de la exactitud de los datos durante el plazo de verificación; ilicitud del tratamiento y oposición a la supresión, prefiriendo su limitación de uso; necesidad para reclamaciones; y la oposición al tratamiento, mientras se verifican las razones para la misma. Esta limitación²⁸ hace que el consentimiento del interesado, excepto para su conservación, sea esencial para su tratamiento, aunque también lo será para reclamaciones o por razones de interés público de la UE o un Estado miembro, o para la protección de derechos ajenos.
- Oposición²⁹: el interesado podrá oponerse al tratamiento de ciertos datos personales³⁰ por razones particulares, debiendo el responsable dejar de tratarlos salvo por motivos legítimos imperiosos que hagan prevalecer sobre los intereses, derechos y libertades de aquel, o para reclamaciones³¹. Es importante la excepción contemplada en el art. 89 RGPD para este derecho y los anteriores, en el caso del tratamiento de datos personales

25 Vemos, por tanto, la razonable ponderación de intereses y el principio de proporcionalidad.

26 Arts. 5,12,16 y 19.

27 Arts. 18 y 19; considerando 67.

28 Entre los métodos se incluyen: el traslado temporal a otro sistema, impedir el acceso de usuarios a determinados datos seleccionados o su retirada temporal de un sitio de Internet. Además, este hecho debe indicarse con claridad en caso de sistemas automatizados.

29 Arts. 6, 12, 21 y 89; considerandos 69 y 70.

30 Concretamente, los recogidos en el art. 6.1. e) o f) RGPD, es decir, para el cumplimiento de una misión en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable o intereses legítimos, siempre que no prevalezcan derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, especialmente cuando sea menor.

31 En el caso concreto del marketing directo, el interesado podrá oponerse en cualquier momento al tratamiento de datos que le conciernan, incluido la elaboración de perfiles relacionados con él.

sea para una finalidad de investigación científica o histórica o estadística, con las garantías del apartado primero³², o en aras del archivo en interés público, permitiéndose al derecho de la UE o los Estados miembros regular dichas excepciones.

- Portabilidad³³: permite la transmisión directa de un responsable del tratamiento de datos a otro, siempre que el tratamiento se base en el consentimiento para uno o más fines específicos (art. 6.1.a) RGPD y, paralelamente, el 9.2.a) RGPD como excepción a la prohibición por razón de la materia del tratamiento de datos personales, por ejemplo los de origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, etc.) o se trate de un contrato del que el interesado es parte para la aplicación de medidas precontractuales. (art 6.1. b) RGPD). También este derecho está acotado por el derecho de supresión, el cumplimiento de una misión en interés público o ejercicio de poderes públicos otorgados al responsable y, al ser lo que más puede afectar y, por tanto, conculcar, los derechos y libertades ajenos.

C) El consentimiento, pieza clave de la protección de datos

El consentimiento, como afirma BERROCAL LANZAROT³⁴, además de ser “una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos [...] que determina [su] licitud, posibilita a los interesados el control sobre sus datos personales y, en consecuencia, una capacidad de decisión y elección”. Ya la Directiva 95/46³⁵ reconocía ampliamente el eje sobre el que giraba esta materia: el consentimiento, constituyéndose como mecanismo que pretende proteger y garantizar esa autodeterminación informativa que buscamos, como manera de protegernos de accesos ajenos no deseados³⁶.

Frente a esa concepción de consentimiento, veamos la del RGPD. En el considerando 32, se repite la idea de la directiva, con las notas de libre, específico, e informado, añadiendo la de inequívoco, es decir, se marca ya la distancia con la regulación anterior, impidiendo un consentimiento tácito³⁷, como se señala “in fine”: “no deben constituir consentimiento el silencio, las casillas ya marcadas o la

32 Por ejemplo, la “pseudonimización”.

33 Arts. 13 y 20; considerando 68.

34 BERROCAL LANZAROT, A. I.: *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Reus, Madrid, 2019.

35 En el considerando 30 se basaba la licitud del tratamiento en el consentimiento (entre otros), para más adelante erigirlo como un permiso para tratar datos que puedan afectar por su naturaleza a las libertades fundamentales o la intimidad.

36 El art. 2 h) daba las claves para entender ese consentimiento: manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernan.

37 Explícitamente, valga la redundancia, no se reconocía la posibilidad de un consentimiento tácito en la directiva de 1995, pero se entendía, siguiendo el aforismo latino, “permittere quod non prohibetur”.

inacción”, algo que refuerza el art.4, al añadir que se dará “ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa”.

Las condiciones que debe reunir el consentimiento³⁸ las recoge el art.7: debe poder demostrarse por el responsable del tratamiento para la realización de su labor³⁹; en solicitudes escritas debe distinguirse cada asunto con un lenguaje sencillo y claro; debe poder retirar su consentimiento en cualquier momento, siendo igual de fácil que darlo; y, en cuanto a la libre prestación del mismo, se analizará si la ejecución del contrato se condiciona al consentimiento del tratamiento de datos innecesarios para la misma.

Finalmente, respecto al régimen inherente al consentimiento, siguiendo a POLO ROCA⁴⁰, debemos remitirnos a la regulación civil de manera supletoria (art.4.3 CC), ya que el RGPD no entra a regular el régimen del consentimiento, solo a marcar las pautas que deben seguirse para que el mismo sea la clave para el tratamiento de los datos.

III. EL LLAMADO DERECHO AL OLVIDO

Debemos entender el derecho al olvido como una respuesta importante a este mundo tecnológico y globalizado en el que vivimos y que se ha convertido, en palabras del profesor COBACHO LÓPEZ⁴¹, en una “suerte de monstruo al que diariamente alimentamos de datos personales [...] y cuyos estragos, a juzgar por la inconsciencia de la que muchos usuarios hacen gala, [...] prefiere[n] no prever”. En dicho mundo, existen, además, multitud de RRSS que utilizamos y accedemos, junto al contenido que visualizamos, compartimos y subimos, dando lugar a la visión de PÉREZ GIMÉNEZ⁴² de un “derecho al olvido” como aspiración romántica más que una realidad positivada.

Sin embargo, parece haber distintas maneras de concebir este derecho de nueva generación, fruto de la aportación doctrinal y jurisprudencial internacional, especialmente la europea, si bien ya contamos con un embrionario desarrollo positivo. Como primera aproximación, basten unas palabras del ya mencionado profesor COBACHO LÓPEZ⁴³ para hacer referencia a las personas que, con su uso de

38 En el caso de los menores, será lícito a partir de los dieciséis años, si bien los Estados podrán rebajar la edad hasta un mínimo de trece años (art.8 RGPD). En el caso de España, la LOPD en su art. 7 rebaja la edad mínima a los catorce para poder otorgar el consentimiento válido.

39 Se refiere a la carga de la prueba del consentimiento.

40 POLO ROCA, A.: “El derecho”, cit., p.187.

41 COBACHO LÓPEZ, Á.: “Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital”. *Revista de Derecho Político*, 2019, núm. 104°, p. 203.

42 PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable*. Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 187.

43 COBACHO LÓPEZ, Á.: “Reflexiones en”, cit., pp. 222-223.

Internet, “asumen el daño cuya reparación exigen [...] entroniza[ndo] las causas a la vez que condena[n] la consecuencia”. Parece un derecho que busca reparar algo que se escapa de nuestro control pero que, según hemos visto en el anterior capítulo, es nuestro y debemos tenerlo. Por ello, ¿hasta qué punto controlamos de manera efectiva nuestros datos personales y podemos exigir un control sobre ellos? ¿Y, hasta qué punto es posible obtener dicho control?

I. Olvido como derecho a la inaccesibilidad o barrera a los datos personales

A través del análisis de dos sentencias y de los artículos que “intentan” positivizar el derecho en ellas reconocido o que, al menos, empieza a formarse, veremos cómo la primera configuración del derecho al olvido “de lege lata” ha seguido la tendencia de considerarlo como una variante, parcialmente autónoma, del derecho a oponerse o a suprimir ciertos datos, constituyendo una barrera que evita o dificulta el conocimiento de datos pasados sin ninguna relevancia en la actualidad, si bien nada se dice sobre la veracidad de la información, que deberá preservarse tal cual está, en pro de la libertad de prensa e información, evitando manipulaciones de hechos pasados demostrados y/o juzgados.

A) *Caso TJUE Costeja vs. Google*⁴⁴

Esta sentencia de 2014 es conocida por la persona que lo promovió, Mario Costeja, un abogado y perito español, que se vio afectado por la información pasada relativa a un embargo por deudas con la Seguridad Social. Es, sin duda ninguna, pionera⁴⁵ en el ámbito europeo y permitió sentar las bases jurisprudenciales del derecho al olvido digital, especialmente por la instancia en que se acabó resolviendo, ya que sus efectos se extendieron a toda la UE.

En primer lugar, se reconoce como “tratamiento de datos” la conducta de Google de hacer referencia en una página web a datos personales, “ex” art. 2b) de la Directiva 95/46 ya que “recoge tales datos que extrae, registra y organiza posteriormente en el marco de su programa de indexación, conserva sus servidores y, en su caso, comunica y facilita el acceso a sus usuarios en forma de lista de resultados de su búsqueda”⁴⁶. Por tanto, el tribunal encuadra como tratamiento, en contra del criterio del Abogado General, parte de la actividad que realiza el motor de búsqueda, siendo de aplicación la normativa de protección de datos

⁴⁴ STJUE 13 mayo 2014 (ECLI:EU:C: 2014:317).

⁴⁵ No obstante, debemos remarcar algo poco frecuente que se dio en el caso: el TJUE se separó del criterio del Abogado General, quien presenta sus conclusiones siempre que el caso no pueda ser resuelto mediante una aplicación automática de la jurisprudencia, como era el caso, al presentarse una cuestión jurídica novedosa. Es cierto que dichas conclusiones no vinculan al Tribunal, pero es poco significativo el porcentaje de casos en los que este se separa de los argumentos de aquel, y más extraño el que en un caso de esta relevancia, lo hiciera.

⁴⁶ Párr. 28, STJUE 13 mayo 2014 (ECLI:EU:C:2014:317).

personales, “sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales”.

En segundo lugar, considera “responsable” al motor de búsqueda Google por su papel decisivo en la difusión global de los datos, al facilitar su acceso usando el nombre de la persona cuyos datos se quieren conocer. Por ello, considera que debe ajustarse al marco de las exigencias de la Directiva 95/46, protegiendo eficaz y completamente la vida privada de los interesados, remarcando que hay que tener en cuenta el efecto incrementado que puede tener sobre los derechos fundamentales de alguien si la búsqueda se hace a partir del nombre, al provocar “una visión estructurada de la información relativa a esta persona [...], que, sin dicho motor, no se habría interconectado o solo podría haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado”⁴⁷.

Por ello, tanto la actividad del motor de búsqueda como el gestor del motor de búsqueda, Google Inc. y Google Spain⁴⁸ en este caso, se encuadraría en la responsabilidad del tratamiento, estando sujetos a la normativa de protección de datos europea y nacional. En esto difiere con el Abogado General, quien opina que el principal servicio que lleva a cabo este motor de búsqueda es el de localizar, no el de controlar los datos personales alojados en páginas webs de terceros, añadiendo que, si en alguna de esas páginas existiera una “categoría especial de datos”, encuadrada en el art. 8 de la directiva, la actividad del motor de búsqueda sería automáticamente ilegal de no cumplirse los requisitos previstos en la misma. Como expone BERROCAL LANZAROT⁴⁹, la cuestión se resume en que el hecho de que los editores de sitios web tengan “la facultad de indicar a los gestores de los motores de búsqueda, con [...] protocolos de exclusión como “robot.txt” o, de códigos”, permitiendo su exclusión total o parcial de los índices automáticos de los motores, no implica que su “falta de indicación [...] libere al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales”. No obstante, siguiendo el argumento del Abogado General, en el que la citada autora coincide, esto es, “de facto” y “de iure” imposible para el

47 “Ibid.”, párr. 80.

48 La STS 14 marzo 2016 (ECLI:ES:TS: 2016:964), como afirma MATE SATUÉ, L. C.: “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”. *Revista de Derecho Civil*, 2016, núm. 2°, pp. 211 y ss., ha modificado la jurisprudencia sentada por la SAN de Sala de lo Contencioso Administrativo 29 diciembre 2014 (ECLI:ES:AN:2014:5207). En ella, el TS se plantea la corresponsabilidad de Google Spain, S.L. en el tratamiento de datos cuando la gestión la hace Google Inc. a través de su motor de búsqueda, rechazándose finalmente ya que el tratamiento debe hacerse “en el marco de actividades” del establecimiento en cuestión que, en este caso, es la promoción de espacios publicitarios. Además, esta actividad difiere de la determinación de fines y medios del tratamiento, que determinaría la corresponsabilidad pero que, al no intervenir de forma alguna, se asume que Google Spain no interviene como responsable. Todo ello tiene, al menos, una consecuencia fundamental que remarca la autora: los usuarios que pretendan ejercitar sus derechos deben dirigirse contra la sede central, algo que, sin lugar a dudas, “limitará las posibilidades de los internautas”.

49 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Estudio jurídico-crítico”, cit., p.300.

motor, debido al crecimiento exponencial del uso de páginas webs por usuarios de todo el mundo, con el crecimiento paralelo del tratamiento de datos personales alojados en servidores de terceros, imposibilitando aún más, si cabe, al motor de búsqueda la labor que se le exige por el TJUE.

En tercer lugar, se reconoce a la autoridad de control o el órgano jurisdiccional nacional el poder ordenar al gestor eliminar de la lista de resultados de una búsqueda nominativa el acceso a páginas web con información sobre la misma sin que se presuponga la eliminación previa o simultánea de la página web en la que estaba publicada, por la facilidad con que la información puede ser copiada y trasladada a otros sitios web, impidiendo una protección efectiva, y que “podría constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor”. Es importante la distinción que realiza entre el gestor de búsqueda y el editor de una web: este puede publicar la información de una persona física quizás con fines exclusivamente periodísticos, beneficiándose, según el art.9 de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que establece⁵⁰, mientras que esto no cabrá en modo alguno respecto al gestor del motor de búsqueda, abriéndose la posibilidad de ejercer los derechos del interesado solo frente al gestor. Por tanto, la ponderación de intereses dependerá no solo del elemento subjetivo, sino de su finalidad también, estando intrínsecamente unidas a ella las consecuencias que para el sujeto se deriven.

Además, sirviéndose de la entonces vigente Directiva 95/46, establece que un tratamiento a priori lícito puede devenir incompatible con la regulación cuando no sea necesario para el fin que se hizo, esto es, cuando los datos no son “adecuados, pertinentes o excesivos en relación a ese fin y al tiempo transcurrido”, todo ello en virtud de la “licitud” que debe presidir todo tratamiento. Por tanto, en dicho caso, derivada del examen de la solicitud del interesado, deberá procederse a suprimir los vínculos a la misma, debido a que dicho interés prevalece sobre el económico del gestor del motor y el del público en encontrar la mencionada información con el nombre de esa persona, excluyéndose esto en caso de relevancia pública de la persona en cuestión.

Finalmente, sintetizamos la configuración “primaria” de este derecho al olvido, que dista de ser el recogido en el art. 17 RGPD, y, más aún, de un olvido “stricto sensu”, ya que lo que se reconoce es la facultad de exigir a un motor de búsqueda la no inclusión o supresión en la lista de resultados de una búsqueda nominativa de los enlaces y referencias a páginas webs que incluyan esa información que se quiere que sea olvidada. Es, por tanto, dificultar el acceso a cierta información

50 Es interesante esta excepción teleológica, conocida como excepción periodística. Reconocida en la Directiva 95/46, permite establecerla a los Estados para conciliar la intimidad con la libertad de expresión, respecto al tratamiento de datos con fines exclusivamente “periodísticos o de expresión artística o literaria”.

no pertinente en la actualidad, de manera que el motor no los indexe, aunque el contenido siga presente en la web de un tercero, ya que, recordemos, un motor de búsqueda ejerce una labor de localización, no de contenido. Sería, en la línea de BERROCAL LANZAROT⁵¹, una consecuencia del derecho de oposición del RGPD, no del de supresión, distando bastante del carácter autónomo del que se le quiere dotar a este derecho, indefinido en sentido estricto, pero lleno de contenido de otros.

B) *Caso TC y TS Ediciones el País S.L*

Este caso permitió tanto al TS como al TC pronunciarse sobre el derecho al olvido, si bien de manera parcialmente distinta. Similar al caso Costeja, tiene su origen en una demanda contra una noticia controvertida relativa al hecho de que los demandantes fueran traficantes de drogas en 1985, oponiéndose la actualidad, pertinencia y relevancia de dicha información.

En la STS 15 octubre 2015⁵², se reconoce la responsabilidad de Ediciones El País S.L en calidad de editor de la página web, al deber “respetar el principio de calidad de datos y atender el ejercicio de los derechos que la normativa [...] otorga a los afectados”⁵³. No se objeta nada en cuanto a la veracidad de la información, sino que el foco recae en la licitud del tratamiento de los datos personales por la digitalización de la hemeroteca del periódico, respecto a la cual se señala, con referencia en la jurisprudencia del TEDH, que “el ámbito de protección es menos intenso que la publicación de noticias de actualidad”, aunque incide en el derecho a la intimidad personal y familiar, así como al del honor, al afectarse negativamente la reputación del afectado.

Ponderándose este elemento con el “interés público”⁵⁴ de la información, resulta que los demandantes carecen de relevancia pública alguna y los hechos objeto de la información, de interés histórico, es decir, la finalidad para la que fueron recogidos puede no ser adecuada, basándose en el principio de calidad del tratamiento, que no solo debe darse al principio del tratamiento sino también durante el mismo.

El TS afirma no poder exigir al editor de la web que “motu proprio” elimine dichos datos, al suponer un sacrificio “desproporcionado” para la libertad de información, si bien puede responder a las demandas de los afectados para hacer efectivos sus derechos de cancelación y oposición, especialmente pasado un cierto tiempo que haga devenir el tratamiento inadecuado. No supone construir “un

51 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Estudio jurídico-crítico”, cit., p.305.

52 STS 15 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132).

53 “Ibid.”, FJ 5°.

54 “Ibid.”, FJ 6°.

pasado a su medida” ni se justifica que se exija construir “un currículum a su gusto, [...], eliminando de Internet las informaciones negativas, posicionando a su antojo los resultados de las búsquedas [...], de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones”, al suponer, entre otras consecuencias, la alteración de la libre elección de toma de decisiones “en la vida democrática”. En definitiva, no puede suponer una “censura retrospectiva”. De esta manera, sigue la línea del TJUE al considerar el olvido como un derecho a oponerse a un tratamiento devenido ilícito y así, de esta manera, en palabras de MATE SATUÉ⁵⁵, “se pretende”, y se consigue, “limitar el efecto divulgativo multiplicador” de los motores.

No obstante, frente a esta sentencia se interpuso recurso de amparo ante el TC, que revocó parcialmente la sentencia. En primer lugar, el TC recuerda el carácter del derecho al olvido como “facultad” del derecho a la protección de datos personales, no ilimitado, sino enfrentado a otros derechos fundamentales, debiendo ponderar ambos según el caso. Aquí, es la libertad de información la que podría acotar este derecho a la autodeterminación de los datos personales⁵⁶, al referirse el caso a una información de 1985. No obstante, el TC concreta aún más: al haber reconocido el TS el derecho de los afectados a que el motor de búsqueda no indexe la información perjudicial para ellos, el conflicto recae en el uso de sus nombres para su localización en una hemeroteca digitalizada, circunscribiéndolo más al derecho a la supresión de ciertos datos, no al de oposición. Por tanto, opina que se debe ponderar usando los siguientes caracteres: veracidad, relevancia⁵⁷ y actualidad, de la que se desprenderá una menor protección cuanto más alejada en el tiempo esté, especialmente por el carácter secundario de las hemerotecas, en tanto suponen la construcción de archivos útiles para la investigación a partir de informaciones previas. Además, se reconoce que, si bien la digitalización implica un incremento exponencial en la capacidad de garantizar la formación de una opinión pública libre, también implica un aumento paralelo en el impacto para los derechos fundamentales de los protagonistas de dichas noticias.

La clave del asunto parece estar en la segunda nota característica, ya que el TC alega que, a pesar del interés objetivo de la noticia por la naturaleza de la información contenida, un delito, la incidencia en el presente es nula, eliminando toda relevancia que pudiera tener, pero que sigue dañando el derecho al honor, intimidad y protección de datos de los recurrentes por el descrédito que originan dichos datos. Por tanto, es necesario un sacrificio proporcionado de la libertad de información para “asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad de las personas recurrentes en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa”, concretándose en la prohibición de indexación de los nombres

55 MATE SATUÉ, L. C.: “¿Qué es?”, cit., p. 189.

56 Vemos cómo ya está interiorizada esta visión germanista, como vimos en el capítulo anterior.

57 Relacionada con la condición de los afectados y su relevancia pública.

y apellidos de los recurrentes por parte del motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital. La consecuencia es importante: el TC no está impidiendo el acceso a dicha noticia concreta ni está obligando a que se modifique o elimine, sino que está dificultando el acceso mediante la supresión de una opción de búsqueda basada en el nombre y apellidos de personas, considerándolo suficiente para preservar los derechos de los recurrentes, denegando la alternativa propuesta de anonimizar la noticia con las siglas de los mismos, al suponer una injerencia mayor en la libertad de prensa.

C) *Legislación comunitaria y nacional: arts. 17 RGPD y arts. 93 y 94 LOPD*

En este extenso artículo del RGPD, si bien se aleja de la jurisprudencia ya analizada, el legislador parece no atreverse a llamarlo “derecho al olvido”⁵⁸, por eso es remarcable que lo añada entre paréntesis, algo que podría explicarse por las divergencias doctrinales y jurisprudenciales. No obstante, su idiosincrasia se explica por la inexistencia de un elemento fundamental en el mundo digital: el contexto⁵⁹. Cuando leemos noticias de cualquier web las trasladamos al presente y la damos por válida, sin contrastarla muchas veces, y desconociendo los demás pormenores, muy importantes de cara al afectado ya que encuadran la noticia o suceso que han podido ocurrir en una época y circunstancias concretas que nada o poco tienen que ver con las actuales.

En su apartado primero recoge la obligación del responsable del tratamiento de eliminar los datos personales del interesado siempre que concurra alguna de las seis circunstancias que se mencionan, es decir, recoge el derecho de supresión para los casos de que los datos no sean necesarios para los fines para los que inicialmente fueron tratados o recogidos; si se retira el consentimiento, siempre que el tratamiento solo se base en este; si el interesado se opone al tratamiento o si este ha sido ilícito; y si la supresión debe hacerse como cumplimiento de una obligación legal o, en caso de datos obtenidos de un menor de dieciséis años, en la línea del art. 8 RGPD.

Lo que quizás resulte más interesante de este artículo es “a sensu contrario”, las excepciones al mismo del apartado tercero: si se ejerce la libertad de expresión e información; si se cumple una obligación legal o de una misión en interés público; para el caso de la salud pública “ex” art. 9 RGPD o de reclamaciones o con fines de archivo o investigación del art. 89.I RGPD, en la medida en que pudiera

58 Se reconoce un “tímido” derecho al olvido, que no llama como tal, y que no es absoluto, pues debe cumplir una serie de requisitos y se excluye en hasta cinco casos mencionados en el último apartado. Parece más un incumplimiento contractual de una obligación a plazo que un derecho autónomo.

59 Como afirma MATE SATUÉ, L. C.: “¿Qué es?”, cit., p.188, la gran causa de todos estos casos analizados es el llamado “egosurfing”, es decir, la práctica de buscar nominativamente a alguien y ver toda la información asociada a su nombre, algo que no sólo hacen los departamentos de recursos humanos, sino también por el mero hecho de curiosidad.

obstaculizarse o imposibilitar el logro de los objetivos del tratamiento por la aplicación del apartado primero.

Sin perjuicio del análisis que podría realizarse de cada una de las excepciones contempladas, nos detendremos en la primera, conocida como “excepción periodística”, por su vinculación con los casos judiciales que más han aportado a la construcción del derecho al olvido. Debemos remarcar que se sigue conservando la citada excepción, si bien mucho más ampliada objetivamente, ya que, “a priori” parece no estar limitada subjetivamente, en línea con la tendencia de la proliferación de multitud de webs donde aparece la misma noticia, muchas veces literalmente. El art.85 RGPD faculta a los Estados a aprobar excepciones o exenciones para la conciliación de la protección de datos con la libertad de información y expresión académica, artística o literaria. A ello se añade la previsión del Considerando 153 que las concreta para el tratamiento “con fines exclusivamente periodísticos”. La problemática está servida porque, por una parte, esta regulación puede dar lugar a veintisiete tipos de excepciones o exenciones distintas, con el agravio que supondría para la seguridad jurídica de la UE en general y de los individuos en particular⁶⁰; y, por otra, ¿se debe entender restrictivamente el término “periodismo” para entender incluida una limitación subjetiva?⁶¹

Respecto a la primera, PÉREZ GIMÉNEZ⁶² confirma la variedad y disparidad de regulaciones internas en la UE, pero señala algo importante, la diferencia cualitativa entre la regulación material previa y la actual, por otro lado ya comentada anteriormente. Actualmente la materia está regulada en la UE por un reglamento, de instantánea aplicación y efectividad, frente a la anterior directiva, cuyo fin es tener unos principios mínimos y que los Estados tienen que trasponer. Por tanto, el reglamento da uniformidad a la legislación comunitaria, frente a la “adecuación” que da la legislación nacional⁶³, de lo que se puede deducir “la posición preferente de la libertad de información frente a la protección de datos, si bien con las cautelas necesarias”.

Respecto a la segunda, es cierto la facilidad que nos ha dado Internet para poder asemejarnos a un periodista, aunque sin la nota de profesionalidad. Por ello, frente a expresiones como “periodismo 3.0 o democrático”, preferimos el

60 No obstante, dicho considerando establece “in fine” que, en caso de diferir el Derecho de un Estado miembro y otro, regirá el aplicable al responsable del tratamiento.

61 El mismo también sugiere que “a fin de tener presente la importancia del derecho a la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario que las nociones relativas a dicha libertad, como el periodismo, se interpreten en sentido amplio”.

62 PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “Libertad de”, cit., pp. 143 y ss.

63 En el caso español la autora considera que nuestro ordenamiento tiene la base jurídica para ponderar de manera adecuada la libertad de información, expresión y prensa con la protección de datos, remarcando que no debe hacerse de manera “abstracta”, sino casuísticamente, a pesar de no estar expresamente prevista la citada excepción, pero apoyándose en la “especial relevancia que en nuestro Estado democrático y de Derecho tienen las normas constitucionales relativas a dichas libertades”.

término citado por PÉREZ GIMÉNEZ⁶⁴ de “colaboración ciudadana”, esto es, la labor que permite a cualquier persona subir a la red información, siendo, en ocasiones, indispensable para “informar” al mundo. Es importante esta distinción, ya que, al referirse a una colaboración, no debería encuadrarse en la libertad de prensa, sino en la libertad de expresión⁶⁵, de lo que se deduce que no se aplicaría la excepción periodística, al no realizar dicha actividad profesional de la comunicación. Estos, en concreto, por la relevancia que para la opinión pública puede tener la información que publican, deben verse amparados por la excepción, permitiendo una mejor protección de los derechos de protección de datos, libertad de prensa y privacidad o intimidad, de manera que la delimitación de la excepción puede ayudar a resolver la ponderación de los conflictos que puedan darse entre los mismos, especialmente con los datos personales publicados en RRSS por particulares⁶⁶.

Por tanto, la legislación europea no sigue la línea jurisprudencial de olvido como una serie de acciones que eviten la indexación de noticias, manteniéndose esta opción como subsidiaria a la prevista, sino que “pretende reconocerse”⁶⁷ un verdadero y estricto derecho al olvido mediante el borrado en origen de la información que se desee.

En cuanto a la legislación española, recurrimos a los arts. 93 y 94 de la LOPD, distinguiéndose según si se encuadra en búsquedas de Internet o en RRSS o equivalentes. En el primero de los casos, se reconoce el derecho paralelo al reconocido por el TJUE en el caso Costeja y nuestro TS y TC, una suerte de “derecho a la desindexación”, en caso de concurrir las circunstancias de “inadecuación, inexactitud, desactualización, no pertinencia” o que, por el transcurso del tiempo, hubieran devenido de esa manera, de acuerdo a los fines para los que se recogieron y la naturaleza e interés público de la información⁶⁸. De la misma manera, se reconoce si por la ponderación de los derechos en conflicto resultan prevalentes los derechos del afectado sobre el mantenimiento de los enlaces de búsqueda, sin perjuicio de la licitud de la conservación de la

64 PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “Libertad de”, cit., p.148. Es preferible la opción por la que se decanta porque al equipararse la información que puedan dar usuarios anónimos con la de profesionales acreditados, podría abrirse la puerta a despreciar su trabajo en pro de lo que afirme la mayoría de usuarios de la red, cuando la experiencia nos dicta que este es el mejor medio de la desinformación.

65 No obstante, debemos señalar que este no es el único criterio en la doctrina, sino que algunos se inclinan por encuadrarlo en la libertad de prensa también, equiparando ambos.

66 Es necesario mencionar la “exención doméstica”, a raíz de la protección de datos en las RRSS, ya que en el mismo RGPD, en el considerando 18, se establece la no aplicación del tratamiento de datos personales en el curso de una actividad “exclusivamente personal o doméstica”, previsión idéntica a la del art. 2.2. No obstante, como afirma PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “Libertad de”, cit., p.192, ello no impedirá la eficacia de la normativa nacional civil o penal, según el caso y circunstancias. De igual modo se pronuncia la LOPD en su art. 2.2 a). Sin embargo, esta exención decaerá en el momento que el contenido personal salga de la esfera personal, siendo compartido por terceros sin su consentimiento, por ejemplo.

67 Afirmamos “pretende” porque aún queda mucho por definir de este derecho, siendo más numerosas las excepciones, que son los verdaderos puntos de conflicto con este derecho al olvido, que lo que verdaderamente se reconoce como facultad de olvidar.

68 De nuevo vemos reflejado el “principio de calidad” del tratamiento de los datos.

información publicada y sin que se proceda a su borrado previo o simultáneo, detalle este último que no es baladí sino que implica la delimitación de este derecho con respecto al de borrado, oposición y supresión de datos, ciertamente relacionados al ser causas y consecuencias del derecho al olvido, si bien distintos en la delimitación positiva. El apartado 3 recoge ese equilibrio, ya analizado, con la información publicada, relacionándose con la libertad de información y prensa, al afirmar que no se impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web “a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distinta del nombre de quien ejerciera el derecho”. Recoge, por tanto, la reciente jurisprudencia del TC, que exigía exclusivamente el sacrificio de la búsqueda por nombres y apellidos⁶⁹.

En el art. 94 LOPD se reconoce el derecho a supresión de los datos personales publicados en RRSS o servicios de la sociedad de la información por el mero consentimiento, es decir, reconoce la revocación del consentimiento⁷⁰ por la “mera solicitud”. Además, también lo reconoce respecto a datos proporcionados por terceros, de no mediar las notas vistas anteriormente respecto a dicha información. No obstante, esto no será aplicable respecto a los datos facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas⁷¹. Importante también es la previsión del último apartado, referida al caso de que los datos hubieran sido facilitados durante la minoría de edad del interesado, en cuyo caso se deberá proceder “sin dilación” a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de la concurrencia de las circunstancias del apartado anterior⁷².

2. Olvido como derecho al borrado de datos, un paso más

En este segundo apartado comentaremos las propuestas “de lege ferenda” aportadas por la doctrina y que muestran las distintas caras de este derecho en formación, delimitado poco a poco desde una exigua regulación, pero gracias a la labor jurisprudencial y doctrinal. Una conclusión anticipada es clara: no hay unanimidad sobre su contenido y, sobre su carácter autónomo, si bien hay cierto consenso, también veremos voces contrarias.

Antes de comentar las distintas posibilidades que se abren, recapitemos lo que hasta ahora se ha entendido por derecho al olvido. El mismo supondría la facultad de exigir la desindexación de información vinculada a cierto nombre y apellidos, acercándose más al derecho de oposición que al pretendido olvido. Ni

69 “Vid. supra”.

70 En el mismo sentido, art. 7.3 RGPD, que reconoce explícitamente la licitud del consentimiento “ex tunc”, permitiendo el “olvido”-supresión “ex nunc”.

71 De igual modo que en regulaciones europeas anteriores, se recoge la “exención doméstica”, “vid. supra”.

72 Parece aquí recogerse un intento de enmienda al consentimiento prestado durante el período legal de minoría de edad, en línea de lo comentado en la introducción del presente capítulo: se desea borrar aquello de lo que hacemos gala, fomentando el uso de RRSS desde edades tempranas, pero permitiendo el borrado de las consecuencias una vez llegada la mayoría de edad.

siquiera estaría cerca del derecho de supresión, dentro del cual se halla, ya que solo se suprime el enlace de acceso a la noticia, no el contenido de la misma, ni tampoco de la actualización o alteración de la redacción original o la sustitución por las siglas de los interesados. Por tanto, vemos un conato de derecho al olvido, pero entendido y limitado a cegar la búsqueda, por lo que parece que estaríamos ante una especie de solipsismo, forzando al olvido algo que no es posible hallar, al menos fácil e inmediatamente⁷³, siendo el único excluido de este “olvido” el interesado.

La regulación del RGPD pretende dotar de autonomía el derecho, reconociendo la facultad individual de solicitar la supresión de la fuente originaria, pero con numerosas excepciones que son verdaderamente los problemas que originan las solicitudes, por lo que carece de mucho sentido. Afirma BERROCAL LANZAROT⁷⁴, acertadamente, que lo que se pretendía era ampliar el control de los individuos sobre sus datos personales con vistas a reforzar la confianza en la red, pero, ¿hasta qué punto puede exigirse a los editores de webs que supriman lo publicado? Hay un salto cualitativo importante entre borrar el rastro que permite acceder a la información y borrar dicha información. Se pretende “crear” nuevos derechos, cuando en realidad chocan frontalmente con otros ya delimitados y con extensa jurisprudencia, como el caso de la libertad de prensa e información, o, incluso, de expresión, de menor protección que aquellas. Parece haber más “forma” que contenido, ya que se reconoce algo que nace con muchas exclusiones de partida, además de las exenciones y excepciones nacionales que puedan incorporarse.

La duda doctrinal podríamos verla reflejada en lo afirmado por la AP de Barcelona al dictar la sentencia de primera instancia⁷⁵ de la ya analizada STS 15 octubre 2015⁷⁶, dando forma a la jurisprudencia que se mantuvo hasta la revisión por el TC en 2018: “la primera faceta del derecho al olvido está relacionada con el pasado judicial o penal de un individuo”.

Delimita así la base común de la gran mayoría de quejas ante las autoridades de control o ante motores de búsqueda, además de ante tribunales y jueces de distintas instancias: el deseo de que la sociedad olvide ciertos hechos constitutivos de delito⁷⁷. Apoyándose en la jurisprudencia comparada, concuerda con el reconocimiento de esta faceta, basándose en “la privacidad, [...] justificad[a] por la fe en la capacidad del ser humano de cambiar y mejorar, así como en la convicción

73 En este sentido, el TJUE, nuestro TS y TC, según hemos podido comprobar.

74 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Estudio jurídico-crítico”, cit., p.309.

75 SAP Barcelona 11 octubre 2013 (ES:APB:2013:10613).

76 STS 15 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132), “vid. supra”.

77 Frente a este razonamiento se opone la jurisprudencia del TC, ya comentada, que considera los hechos delictivos como especialmente relevantes y de interés, por lo que la ponderación debe referirse a las notas de veracidad, relevancia y actualidad de dicha información pasada, aunque teniendo en cuenta su causa delictiva, ya que de ello no se duda.

de que el ser humano no debe reducirse a su pasado". Concluye con una frase lapidaria: "una vez pagado lo debido, la sociedad debe ofrecerle la posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida sin tener que soportar el peso de sus errores del pasado".

Surgen varios interrogantes: ¿es una faceta del derecho al olvido, es decir, una posibilidad que se abre, en caso de reconocerse este derecho, para poder "borrar" nuestro pasado? ¿Debe basarse este deseo justificado por la "posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida" en la exclusiva voluntad del individuo? ¿Qué impediría que acabáramos por configurar una biografía o currículum a la carta según intentaba prever el TS en 2015 y, desde antes, el TJUE? Y, desde el punto de vista de la ponderación de derechos, fundamental en esta materia, ¿quién y cómo garantiza la libertad de prensa e información si los hechos pasados pueden modificarse libremente transcurridos unos ciertos años?⁷⁸. Además, ¿no queda esa justificación compensada con la previsión del art. 25 CE al prever la reeducación y reinserción social? Parece pretenderse, paralelamente a esto, más referido al fuero interno de la persona, esa oportunidad de reinserción se haga "ad extra", de cara a una sociedad que "pierde la capacidad de perdonar"⁷⁹, y más si las noticias están multiplicadas y siempre recientes con motivo de la omnipresente web descontextualizada.

Es ese el motivo por el que una parte de la doctrina conciba este derecho como una especie de actualización de datos personales, abarcando desde la modificación de datos que se hayan visto alterados hasta la supresión de aquellos que no se quieren seguir exponiendo al público. Desde esta concepción se encuentran aquellos que siguen los argumentos expuestos en el apartado anterior, por un lado, y, derivada de la perspectiva anterior, aquellos que reconocen esa prerrogativa a la representación que suplente la voluntad del interesado, con la problemática que se abre en cuanto al tema de la sustitución de dicha voluntad: extensión, prueba, etc.

Otra parte de la doctrina concibe este derecho como paralelo al de la cancelación de antecedentes o medidas como la "anonimización" de sentencias y otras resoluciones, construyendo una suerte de "amnistía digital", que quizás se oponga a esa teleología de la publicidad de los antecedentes, ya que forman parte de la historia del sujeto en cuestión y no es algo que pueda eliminarse sin más, sin perjuicio de los motivos que pueden acompañar las mencionadas medidas. Por tanto, para estos investigadores el derecho al olvido se configura como una figura

78 Estos años, aunque a priori pudieran parecernos muchos, como los casos analizados, cuarenta, por ejemplo, con el desarrollo de Internet vemos que las modas o tendencias son cuestión de días u horas, por lo que una noticia puede ser viral y estar en todas las portadas, pero ser olvidada en cuestión de semanas.

79 COBACHO LÓPEZ, Á.: "Reflexiones en", cit., p. 201. El autor afirma también que "donde no se olvida, poco lugar queda para el perdón, y, sin perdón, el alcance de la ofensa termina por exceder incluso la misma intención del agresor bajo la forma del rencor".

paralela al olvido legal de los antecedentes penales, pudiendo ser un primer paso por el que reconocer el derecho, para luego extenderlo a otros ámbitos de la vida. El principal problema de esta concepción es delimitar la frontera de lo que es permisible olvidar ya que, aunque vemos que los tribunales han establecido requisitos para que un derecho prevalezca sobre otro, especialmente los de información y prensa, podríamos incurrir en aquello de lo que previene el TS: la construcción de un pasado a nuestra medida, obligando a editores de páginas web o a gestores de motores de búsqueda a “eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos”⁸⁰.

La visión predominante, tanto doctrinal como jurisprudencial, no obstante, es la que considera el olvido como una rama del derecho de oposición y cancelación, ya que hasta ahora lo único que permite es oscurecer y dificultar el acceso a una noticia, sin haber más olvido que lo que no se ve o accede, al menos fácilmente, por búsqueda nominativa. Por ello, frente a una parte de la doctrina que lo califica como derecho autónomo, parece prevalecer otra que defiende su carácter híbrido⁸¹, debido a su estrecha relación con los principios que todo tratamiento tiene que tener⁸² y, en particular, a algunos derechos previos como mencionábamos arriba. Además, su base seguiría siendo el origen de todo tratamiento: el consentimiento.

Para ambas posturas comentadas, no obstante, sería una consecuencia, más o menos desarrollada del “habeas data”, que permite un control efectivo sobre nuestros datos personales. Sin embargo, cabría plantearse si no estamos ante un vago ideal de control total sobre algo que es materialmente imposible controlar⁸³, especialmente por la multiplicación de información no solo desde los medios de comunicación, sino de los sujetos particulares en ejercicio de su libertad de expresión. ¿Puede controlarse absolutamente toda la información que hay sobre nosotros? Distinta será la información que, como consecuencia de términos y condiciones generales que continuamente nos hacen firmar y firmamos sin conocimiento efectivo⁸⁴, queramos hacer desaparecer. Parece ser, por tanto, más

80 STS 15 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132), FJ 5°.

81 En este sentido, entre otros, MATE SATUÉ, L. C.: “¿Qué es?”, cit., p. 190, al igual que la jurisprudencia analizada.

82 Calidad, finalidad, proporcionalidad y exactitud, “ex” art. 5 RGPD.

83 Como exponía el Abogado General en el caso Costeja, si para los gestores de los motores de búsqueda es de facto imposible o casi controlar la gran cantidad de información cuyo acceso permiten, para los individuos lo es más porque no sabemos quién trata nuestros datos por la multitud de veces que hemos dado nuestro consentimiento: en aplicaciones móviles, en sitios web, al hacer alguna solicitud y un largo etcétera.

84 El considerando 42 del RGPD, entre otros, configura el modelo de declaración de consentimiento redactado previamente por el responsable del tratamiento con lenguaje claro y sencillo y sin cláusula abusivas. Además, para considerarse informado, el interesado debe conocer al menos la identidad del responsable y los fines del tratamiento, no considerándose libremente prestado si no se disfruta de una verdadera y libre elección o no se puede denegar o retirar el consentimiento sin sufrir perjuicio alguno. En el caso de los menores, se incrementa esta obligación de facilitar la comprensión de la prestación de consentimiento.

plausible exigir el olvido de la información derivada de nuestro consentimiento sin conocimiento⁸⁵ que de nuestro conocimiento sin consentimiento⁸⁶, al menos en los términos vistos hasta ahora.

IV. CONCLUSIÓN

La materia de protección de datos, como hemos visto, tiene ya cierto recorrido en el ámbito europeo hasta haber alcanzado la autonomía como derecho individual, entendido como un control pleno del individuo sobre sus datos personales. Al igual que con el consenso europeo sobre la materia de la protección de datos, debería imitarse por parte de otros países esto, llegando incluso a aceptarse unos principios mínimos a nivel global, pero sin dejar que esta normativa se anquilese con largos períodos de entrada en vigor, debido a la versatilidad de la materia.

Con respecto a la regulación europea, debería extenderse a las personas jurídicas, ya que el potencial perjuicio derivado de un mal tratamiento de datos se ve incrementado exponencialmente al englobar a numerosas personas físicas como los trabajadores, proveedores, clientes, etc.; y debe haber, además, una continua vigilancia del desarrollo de la tecnología para garantizarse que la tutela legal de esta materia sea paralela a las posibilidades que se abren con la ampliación y desarrollo del mundo digital.

Respecto al RGPD, se observa un refuerzo de la autodeterminación informativa, con la ampliación de los derechos que conforman el “habeas data”, subrayándose el carácter expreso del consentimiento, frente al tácito, algo que debería trasladarse a la multitud de sitios web que accedemos y que sobreinformatan o saturan a los usuarios hasta el punto de aceptar las condiciones con tal de seguir navegando, cuando debería facilitarse la prestación de un consentimiento libre e inequívoco. Uno de esos refuerzos es el que introduce un estricto y equívoco derecho al olvido, distanciándose de la jurisprudencia anterior, y que nace con muchas exclusiones de partida ya que, aunque contiene un “numerus clausus” de casos en los que la supresión-olvido debe ser automática, las excepciones son, más que cuantitativa, cualitativamente sustanciales como para poder hablar de un verdadero derecho al olvido. Por tanto, este derecho parece un intento de reconocer una figura autónoma, asimilándose más a la oposición que a lo que pretende definir. ¿Hasta qué punto puede exigirse y beneficiar ese olvido digital de la información ya publicada y contrastada, frente a la “mera” eliminación de su rastro digital? Ya que, si olvidamos quienes hemos sido, dejaremos de ser quienes somos.

85 Los “términos generales o de uso” que continuamente aceptamos para seguir navegando y acceder a información.

86 Esta información podría encuadrarse en los derechos a la intimidad o al honor o en el olvido, entendido como dificultar el acceso, pero no en su sentido estricto.