

## EL DERECHO AL OLVIDO THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

**Pablo Fernández García-Armero**<sup>1</sup>

Abogado ICA Coruña

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Contexto histórico. 2.1. Origen del problema. 2.2. Situación actual. 3. Aproximación al derecho al olvido. 3.1. Objeto. 3.2. Configuración jurídica. 3.3. Limitaciones. 3.4. Mecanismos. 4. El derecho al olvido en España. 4.1. Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. 4.2. Derechos fundamentales afectados. 4.3. La Agencia Española de Protección de Datos. 4.4. La sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000. 5. El derecho al olvido en la Unión Europea. 5.1. La sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014. 5.2. El Derecho Administrativo Europeo. 5.3. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

**Resumen:** Los cambios tecnológicos están incidiendo en algunos derechos históricos y forjando nuevos derechos como el denominado derecho al olvido. Este trata de proteger una serie de derechos asociados a su concepto frente a otros. Como en cualquier colisión de derechos, la solución deberá venir marcada por una ponderación proporcional de los mismos que evite el sacrificio completo de uno de ellos. De este modo, no existe una fórmula general para resolver este tipo de conflictos, debiendo ponderar cada caso en concreto. Así, el derecho al olvido parcialmente reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no prevalecerá siempre. El poder legislativo europeo recoge este derecho en el reciente Reglamento 2016/679. Solo el paso del tiempo dirá si esta regulación es suficiente.

**Palabras clave:** privacidad, nuevas tecnologías, derechos fundamentales, protección administrativa.

**Abstract:** The new technological changes are having an impact on some historical rights, creating new ones as the recent "right to be forgotten". This aims at protecting a series of rights associated to existing ones. As it usually happens when different rights collide, the solution should focus on carrying out a proportional analysis of them to prevent one or some from being sacrificed. As no formula exists when it comes to solving these kinds of conflicts, they should be analysed on a case by case basis. Therefore, the "right to be forgotten" partially recognised by the Court of Justice of the European Union will not always prevail. The European legislative power recognises this right in the recent Regulation (EU) 2016/679. Only time will tell whether this regulation is enough.

**Keywords:** privacy, new technologies, fundamental rights, administrative protection.

### 1. Introducción

El derecho al olvido o a ser olvidado no aparece tipificado directamente en la Constitución Española de 1978, pero entronca con varios derechos fundamentales de larga tradición en la historia de nuestro constitucionalismo y que nuestra Carta

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la USC, Título de Especialización en Abogacía, Procuradoría y Práctica Jurídica por la USC y Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Magna sí recoge. Buena muestra de ello es la Constitución de 1869, la cual innova profundamente en materia de reconocimiento de libertades públicas y garantías jurídicas<sup>2</sup>.

El paulatino reconocimiento de este derecho en los diversos ordenamientos jurídicos se ha hecho de diferentes maneras. El caso español cobra importancia debido a que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, la cual aborda por primera vez en el ámbito comunitario esta cuestión.

No es de extrañar que el derecho al olvido siga evolucionando debido a los vertiginosos cambios tecnológicos que cada día se producen, si bien conviene tener presente que en no pocas ocasiones la realidad jurídica va un paso por detrás de los hechos. Es por ello que los nuevos problemas jurídicos requieren de soluciones normativas uniformes o, al menos, ausentes de evidentes contradicciones, que eviten una dispersión legislativa que dificulte la seguridad jurídica y desvirtúe el contenido de este derecho.

A lo largo de estas líneas se pretende dar una visión del derecho al olvido desde la perspectiva española, sin obviar las necesarias referencias a otros sistemas de derecho ni a la realidad europea. No obstante, debe tenerse presente que el derecho al olvido se caracteriza por ser temporalmente reciente en comparación con otros derechos y por carecer de una completa configuración legal. Si a esto se añade que versa sobre una materia susceptible de evolucionar, no queda sino concluir que su estudio requiere ser abordado con una especial cautela.

## **2. Contexto histórico**

### **2.1. Origen del problema**

Una de las principales vertientes del derecho al olvido viene determinada por la protección del derecho a la privacidad. Desde este punto de vista se aprecia una clara distinción en la forma de tratar este derecho, que es reflejo de los dos principales sistemas desde los que se puede abordar el Imperio del Derecho; esto es, el Rule of Law anglosajón y el Droit Administratif de origen francés<sup>3</sup>.

De ahí que los paradigmáticos casos de Arrington y Campbell hayan tenido consecuencias distintas. En el primero de ellos el demandante pretendía que se declarara que se había vulnerado su derecho a la privacidad, fundamentando su petición en el hecho de que había sido fotografiado sin su permiso para ilustrar un texto periodístico con el que no estaba de acuerdo. La Corte desestimó su solicitud. Sin embargo, en el caso de la conocida modelo Naomi Campbell, la divulgación de unas fotografías saliendo de una clínica de rehabilitación se consideró como una violación de su derecho a la privacidad. De este modo, puede apreciarse como en el caso Arrington el concepto de privacidad pivota sobre la noción de control; mientras que en el caso Campbell lo hace como derecho a la dignidad o a la intimidad<sup>4</sup>.

A grandes rasgos, el sistema estadounidense liberal se caracteriza por tratar de preservar la libertad individual<sup>5</sup>. A tal efecto se establecen una división de poderes y un equilibrio de los mismos. Además, en el marco de las relaciones entre los distintos poderes se aprecia un Estado débil y una sociedad civil fuerte<sup>6</sup>. Es en

---

<sup>2</sup> Vid. SOUTO PAZ, J.A. "Las libertades públicas en la Constitución de 1869", *Revista de Derecho Político*, nº 55-56, 2002, p. 131.

<sup>3</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, A.C. *Lecciones de Teoría Constitucional*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 1997, pp. 99-130.

<sup>4</sup> Vid. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E. "La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, pp 4-9.

<sup>5</sup> Vid. DEL MASSO, F., MIRANDA GONÇALVES, R. y ZEFERINO FERREIRA, R. M. "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

<sup>6</sup> Vid. PARRADO, S. "Estados Unidos" en VV.AA., *Gobiernos y Administraciones públicas en perspectiva comparada*, editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013, pp. 301-305.

este contexto donde se comprende la praxis estadounidense que otorga una preponderancia a la libertad de expresión frente a la privacidad<sup>7</sup>.

La realidad española, en contraste con la estadounidense, ha hecho prevalecer la libertad de expresión en algunas ocasiones, mientras que otras veces ha optado por proteger la privacidad. Cabe destacar que a medida que la noción de derecho al olvido ha ido penetrando en nuestro sistema, el ordenamiento ha tratado de proteger al individuo de las injerencias en su intimidad frente a otros derechos. Esto no quiere decir que la libertad de expresión deba ceder sistemáticamente ante otros derechos fundamentales.

En este punto no está de más aludir a la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 1981, que versa acerca de los límites de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, toda vez que aquellos pueden operar también en caso de conflicto entre varios. Así: "Constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales, deja de pertenecer a este tipo, desnaturalizándose"<sup>8</sup>.

## 2.2. Situación actual

En los últimos años se ha producido un notable incremento en las formas de comunicarse, fundamentalmente derivado del uso de las nuevas tecnologías. El vocablo web 3.0 surge a comienzos del siglo XXI para hacer referencia a un modo de interactuar en internet, el cual permite la relación en tiempo real entre distintos usuarios alejados temporal y espacialmente debido a la globalización. Esta forma de comunicarse permite exportar e importar a la red ingentes cantidades de información propia y ajena, muchas veces sin ser completamente conscientes de ello. En otras ocasiones, como en el caso de las redes sociales, se da la posibilidad a los usuarios de decidir el tipo de información que quieren proyectar en la red.

En este sentido, las herramientas que más triunfan en internet son aquellas que se nutren de las aportaciones realizadas por los propios usuarios y en las que se interactúa con otros miembros, pasando estos a ser miembros proactivos en lugar de meros espectadores. A esto hay que añadir el hecho de que la información contenida en la red es de fácil acceso para una inmensa mayoría de la población<sup>9</sup>.

La proliferación de las nuevas formas de comunicación ha puesto en entredicho buena parte de los mecanismos que se venían utilizando para salvaguardar nuestros derechos relacionados con el uso de internet, ya que estos están sometidos a nuevas amenazas para las que el derecho no había pensado<sup>10</sup>. Hasta el auge y universalización de internet era posible cancelar unos datos que se habían facilitado para una finalidad concreta. Sin embargo, en los últimos años esta tarea se complica pudiendo devenir imposible debido, entre otros factores, a la conservación indefinida de los datos y su ubicación en diversos lugares provocado por el efecto multiplicador de los motores de búsqueda. Con lo cual, es posible cancelar los datos de una página web y evitar que aparezcan en esta, pero es muy probable que estos hayan sido remitidos a una gran cantidad de sitios web que el usuario desconoce, haciendo inviable la cancelación total de datos<sup>11</sup>.

A mayor abundamiento, las consecuencias para el usuario pueden ser peores ya que sus datos pueden ser manipulados y falseados, provocando una situación de imprevisibles consecuencias para su vida, máxime cuando en estos tiempos la identidad digital va cobrando cada vez más importancia hasta el punto de poder llegar a ser confundida con la identidad personal. Además, hay que tener presente

<sup>7</sup> Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., p. 15.

<sup>8</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

<sup>9</sup> Vid. RALLO LOMBARTE, A. "El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010, p. 104.

<sup>10</sup> Vid. ARENAS RAMIRO, M. "Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014, pp. 537-538.

<sup>11</sup> Op. Cit. RALLO LOMBARTE, A., p. 105-108.

el supuesto en que los datos reales de una persona coinciden con los de otra, normalmente el nombre y los apellidos, por lo que varias identidades pueden quedar inextricablemente asociadas, provocando un perjuicio o un beneficio según el caso concreto.

La batalla por los datos personales de millones de usuarios no es cuestión baladí, puesto que su manejo constituye una fuente de control, poder y riqueza a la que ningún país está dispuesto a renunciar. Por tal motivo no sorprende que los grupos de presión estadounidenses lleven años luchando contra la regulación europea de protección de datos, tratando de influir para evitar que los usuarios puedan disponer de sus datos personales<sup>12</sup>.

### **3. Aproximación al derecho al olvido**

#### **3.1. Objeto**

El derecho al olvido o a ser olvidado pretende dar una respuesta a los mencionados problemas derivados de las nuevas tecnologías. Tradicionalmente puede ser considerado como una aplicación del principio de seguridad jurídica, la cual sancionaba los gravámenes de cualquier índole ilimitados en el tiempo. Este principio se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 9.3 de la Constitución Española<sup>13</sup>.

Este derecho carece de una definición consensuada pero su objeto, en un ejercicio de reduccionismo, puede concretarse en determinar si un usuario tiene o carece de derecho a seleccionar y purgar la información contenida en internet si la considera perjudicial para sus intereses y contraria a los derechos contenidos en su legislación. De esta manera, se pueden alegar una serie de derechos para hacer efectivo el olvido<sup>14</sup>.

No obstante, el borrado de los datos o del rastro dejado en internet es una cuestión técnica que, si bien precisa una cobertura normativa, necesita una serie de medios eficaces que puedan hacer efectivo este olvido, tal y como se manifestará en el cuarto apartado de este título. De nada sirve legislar sobre una materia si, a pesar de que el supuesto cumpla con lo establecido, no se puede materializar de ninguna manera. Además, debe tenerse presente que se trata de una materia ideológicamente muy sensible. Todo ello dificulta la promulgación de normas efectivas sobre este derecho<sup>15</sup>.

No se pueden ignorar las amenazas ya aludidas a las que se enfrentan los usuarios de las nuevas tecnologías, por lo que se hace imprescindible que estos puedan controlar buena parte de su información que accede a internet. De lo contrario buena parte de sus derechos se verán conculcados por quien carece de legitimación para ello.

#### **3.2. Configuración jurídica**

El derecho al olvido se encuentra en una fase inicial si se compara con otro tipo de derechos históricos. Ahora bien, conviene tener presente que este derecho al olvido, como tal, no se encuentra recogido en la mayoría de ordenamientos, sin perjuicio de que su protección pueda dimanar de otros derechos sí contemplados en las diferentes normas y jurisprudencia de los distintos países.

La escasa regulación en comparación con otros derechos otorga un amplio margen de maniobra a los respectivos legisladores, que deberán completar su incipiente configuración jurídica para dotarlo de efectividad. El hecho de que este

---

<sup>12</sup> Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., p. 57.

<sup>13</sup> Artículo 9.3: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

<sup>14</sup> Vid. CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. "Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo" en el Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, de 2 de septiembre de 2013, p. 1.

<sup>15</sup> Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 24-25.

derecho esté en una fase inicial es relevante para comprender las futuras modificaciones que es probable que se produzcan, debido a que trata sobre una materia susceptible al cambio. Del mismo modo, al no estar plenamente consolidado, se albergan fundadas dudas sobre su efectiva existencia y sobre su necesidad.

En este punto es necesario matizar este derecho al olvido, ya que, además de ser regulado de manera tangencial y en ocasiones diversa por los distintos países, no se puede caracterizar como un derecho absoluto que se pueda invocar siempre, sino que aparece esporádicamente requiriendo soluciones individuales al caso concreto, en función de los derechos que cada ordenamiento jurídico entienda vulnerados. Destáquese, en el ámbito comunitario, que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 debe ser analizada con cautela, puesto que no proclama la existencia de un derecho al olvido que permita hacer desaparecer nuestros datos de internet, simplemente resuelve un caso específico. El resto de los supuestos deberá ser analizado y ponderado individualmente<sup>16</sup>.

Téngase presente que existen diversas disposiciones a lo largo de la geografía en las que se alude al derecho al olvido, uno de cuyos múltiples ejemplos lo constituye Francia, que es uno de los países pioneros en reconocer un principio de derecho al olvido digital en el año 1978, mediante la ley nº 78-17 del 6 de enero, lo cual supone una excepción a la generalidad<sup>17</sup>. Sin embargo, este derecho carece de un claro reconocimiento general en la mayoría de los estados y las organizaciones de ámbito internacional que le permita tanto ser aplicado directamente, como garantizar la salvaguardia del bien que trata de proteger. En este sentido, es necesario tratar de concretar este concepto jurídico indeterminado.

Así, no se puede afirmar categóricamente la existencia de un derecho al olvido, sino diversas manifestaciones legislativas y jurisprudenciales, algunas de ellas inconexas e incluso incompatibles entre sí, que requieren de una buena práctica legislativa para que este pueda ser configurado jurídicamente sin que pierda su razón de ser; esto es, proteger la información del usuario en los diversos medios a través de los cuales puede ser vulnerada.

### 3.3. Limitaciones

A la hora de regular el derecho al olvido algunos autores, entre los que se encuentra Jeff Ausloos, defienden la necesidad de imponerle unos límites para tratar de acotar su ejercicio y evitar que se solape con otros derechos. Pueden ser condensados, siguiendo a la profesora Abril y al profesor Pizarro, de la siguiente manera:

En primer lugar, la mirada limitada (Limited Scope). De este modo, el alcance del derecho al olvido se restringe por la existencia de una relación previa "contractual", es decir, cuando el afectado ha prestado su consentimiento con carácter previo. Sin embargo, este concepto es inadecuado para los supuestos en los que los datos se obtuvieron sin el consentimiento de la persona. Además, conviene tener presente que el derecho en este ámbito soluciona los problemas con posterioridad.

En segundo lugar, los datos anónimos (Anonymized Data). Es evidente que la persona no puede cribar los datos de una información anónima, ya que se desconoce el contrario ante quien podría hacerse valer este derecho.

En tercer lugar, la censura (Subtle Censorship). Consiste en permitir a los individuos eliminar los datos que les afecten, por lo que la información relevante puede alterar la realidad. Este argumento permite censurar y, con ello, afectar a las libertades de expresión e información.

En cuarto lugar, las dificultades prácticas (Practical Difficulties). La eliminación

<sup>16</sup> Op. Cit. ARENAS RAMIRO, M., p. 552.

<sup>17</sup> Vid. PÉREZ GÓMEZ, A.M. "Cuando Google juega con la información privada... el derecho al olvido digital en Europa, una lucha de titanes", *Revista la propiedad inmaterial*, nº 22, 2016, pp. 173-186.

de datos tiene una serie de obstáculos técnicos que pueden imposibilitar el objetivo final de borrar el rastro personal de un sujeto.

En quinto y último lugar, la ilusión de la opción (The Illusion of Choice). Es probable que el derecho a ser olvidado sea insuficiente para afrontar los problemas de privacidad en la red, por lo que se puede hablar de una fantasía o una ilusión. De este modo, el derecho que se ha concedido puede verse frustrado<sup>18</sup>.

Debe tenerse en cuenta que existen más límites a este derecho en la regulación de cada país. Cítense a modo de ejemplo diversos supuestos en los que se acota su aplicación, como algunos casos en los que la información pertenezca a un personaje público o cuando tenga un gran valor histórico.

### **3.4. Mecanismos**

Existen una serie de recursos técnicos que podrían hacer plenamente efectivo el derecho al olvido mediante el borrado de datos o del rastro dejado en internet, si bien requieren de un apoyo legislativo que todavía no se ha producido. El citado Jeff Ausloos propuso tres mecanismos que agrupa bajo el nombre de Códigos, para tratar de garantizar la privacidad en la red. Todo ello sin perjuicio de otros mecanismos que existen y a los que previsiblemente se incorporarán aquellos que serán integrados por el paso de los años debido a los avances técnicos. Huelga decir que la referencia al futuro pone de manifiesto la dificultad de llevar a cabo a día de hoy dicha tarea. En este punto se vuelve a seguir a la profesora Abril y al profesor Pizarro.

El primer mecanismo es la fecha de expiración (Expiry Date). Se pretende que los datos que se comparten en la red nazcan con fecha de caducidad, pero esto no evitaría que los mismos pudieran ser copiados y seguir siendo utilizados, con lo que la utilidad de esta herramienta quedaría en entredicho.

El segundo mecanismo tiene que ver con los gerentes de reputación (Reputation Managers). Se caracteriza por la aparición de esta figura en internet, ofreciendo los sitios webs para controlar toda la información que circula sobre una persona, la defensa de su reputación técnica y legalmente e, incluso, para definir su imagen.

El tercer y último mecanismo alude a las alternativas (Alternatives). Alude a la búsqueda de opciones que surjan favoreciendo la protección de la privacidad en el funcionamiento normal de la intercomunicación en la red<sup>19</sup>.

## **4. El derecho al olvido en España**

### **4.1 Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español**

España no es ajena a la realidad general anteriormente descrita, por lo que buena parte de todo lo afirmado hasta ahora se le puede aplicar. Ahora bien, su sistema de derecho posee una serie de especificidades que consiguen diferenciarlo del resto de países, con lo que la regulación desde la óptica española del derecho al olvido contiene caracteres propios que deben ser reseñados.

Debe tenerse presente que nuestro país fue el precursor de una cuestión perjudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, en la que se recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario, siendo este pronunciamiento coherente con una parte de las resoluciones emitidas por España en la materia, pues ya se venía reconociendo de manera más o menos implícita la existencia de este derecho.

La Constitución Española recoge una serie de derechos fundamentales que forman uno de los pilares sobre los que se sustenta nuestro sistema de derecho. Conviene precisar que nuestra norma fundamental no precisa el contenido de los derechos, lo cual no es extraño a la vista del constitucionalismo comparado. Con respecto a la naturaleza de los derechos y libertades en nuestro ordenamiento jurídico, remítase a otra sentencia de nuestro Tribunal Constitucional en donde se

<sup>18</sup> Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 12-13.

<sup>19</sup> Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 51-52.

resume esta cuestión: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, predicables de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”<sup>20</sup>.

La norma normarum de 1978 recoge por primera vez en un texto constitucional español los derechos fundamentales como tales, de ahí la solemnidad del título I: “De los derechos y deberes fundamentales”. El capítulo II de este título, en su sección 1ª, recoge específicamente los derechos fundamentales y las libertades públicas. La incorporación y reconocimiento de tales derechos y libertades obliga a una elevada exigencia de garantías, las cuales se concretan en: la necesidad de un procedimiento agravado para su reforma, la obligación de revestir la forma de ley orgánica, la reserva de ley y la posibilidad de acudir a un procedimiento sumario para su tutela.

Con respecto a la caracterización de los derechos en la Constitución, se pueden concretar en los siguientes puntos: su reconocimiento constitucional preferente, su fundamento supraconstitucional, la pluralidad en su titularidad, la pluralidad en cuanto a su eficacia, la existencia de elementos de delimitación de la acción de los poderes públicos, su carácter limitado, irrenunciable e imprescriptible<sup>21</sup>.

No se puede obviar la existencia de ciertos límites en los derechos, de ahí que existan varios derechos cuyos límites se superponen y que algunos puedan entrar en conflicto. Para tratar de solventar el problema concreto es necesario ponderar proporcionalmente los derechos enfrentados, con el objetivo de optar por la prevalencia de uno sobre el otro, si bien debe tratar de evitarse el sacrificio completo de cualquiera de ellos. En ocasiones el propio legislador se anticipa al conflicto, constituyendo un buen ejemplo el derecho contenido en el artículo 16 que promueve la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, pues este está limitado por el mantenimiento del orden público protegido por la ley<sup>22</sup>.

Como es evidente, es muy difícil que legislador sea capaz de prever todos los tipos de conflictos que puedan surgir entre derechos, por lo que en estos casos las cuestiones que se susciten son dirimidas por los tribunales o por una legislación ad hoc a posteriori. En el caso de que la colisión que se produzca sea entre dos derechos fundamentales, la solución no suele caracterizarse por sus efectos generales ni por la extensión de estos a otros supuestos parecidos, sino por resolver el caso concreto. Buena parte de los asuntos de esta índole son resueltos por el Tribunal Constitucional.

Si a la ausencia de previsión del legislador ante una eventual colisión de derechos, algunos de ellos fundamentales, se añade la pretensión de proteger una materia que no está perfectamente delimitada, el asunto se complica en demasía. Es lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico con el incipiente derecho al olvido, el cual puede proyectarse sobre varios derechos fundamentales, algunos de los cuales pueden llegar a contraponerse entre sí. Conviene recordar que nuestra Constitución no recoge este derecho de manera específica.

#### **4.2. Derechos fundamentales afectados**

El derecho al olvido se relaciona con diversos derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la intimidad personal desde la vertiente de su protección, o

---

<sup>20</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.

<sup>21</sup> Vid. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V. *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, editorial Sanz y Torres, Madrid, 2011, pp. 23-32.

<sup>22</sup> Op. Cit. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V., pp. 59-64.

el derecho a la libertad de información y expresión desde el prisma contrario<sup>23</sup>. Además, la negación del derecho al olvido podría afectar a la dignidad de la persona en cuanto derecho que sirve de fundamento del orden político y de la paz social, tal y como establece el artículo 10.1 de la Constitución.

Conviene precisar que el artículo 20, que comprende, entre otros, el derecho a la libertad de información y de expresión contiene, en su apartado cuarto, ciertos límites a su ejercicio que se relacionan con el derecho al honor y el derecho a la intimidad, poniendo de manifiesto una frecuente colisión entre estos derechos<sup>24</sup>.

De tal manera, ha de tenerse en cuenta la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información a la hora de ser ponderado con otros derechos, como el del honor o el de la intimidad personal. Esto obedece a que el derecho a la libertad de información posee un doble carácter de libertad individual y de garantía institucional, al ser considerado como una manifestación del pluralismo político instaurado como valor superior sobre el que se asienta nuestro ordenamiento jurídico. Para que prime este derecho, la información debe ser veraz y referida a asuntos o personas de relevancia pública que sean de interés general<sup>25</sup>.

Con respecto a los derechos de la personalidad, entre los que se encuentran el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como su entronque con la dignidad humana, cabe destacar el evidente trasfondo iusnaturalista que inspira su consagración en nuestra norma fundamental<sup>26</sup>. En relación a los sujetos legitimados para ejercitarlos, al ser derechos que todo ciudadano podría llegar a invocar llegado el caso, cabe destacar su universalización confirmada por el Tribunal Supremo: "La idea o sentimiento del honor ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales, para convertirse en los grupos sociales y categorías jurídicas de las naciones de cultura occidental, como un atributo inherente a toda persona, cualquiera que sea su clase social, profesión, religión, raza o sexo; algo que nace con la persona y sólo se extingue con su muerte"<sup>27</sup>.

Es evidente que esta sentencia tiene trascendencia en el ámbito del derecho al olvido, porque no solo se universaliza la legitimación de los denominados derechos de la personalidad, sino que también lo hacen las nuevas tecnologías debido a su fácil acceso y al fenómeno de la globalización, con sus consiguientes consecuencias para los derechos de los usuarios.

### **4.3. La Agencia Española de Protección de Datos**

Esta autoridad administrativa ha ido reconociendo paulatinamente la existencia de un derecho al olvido a través de sus resoluciones, sabiendo adaptarse a la defensa de los intereses de los usuarios en consonancia con el desarrollo digital. En este sentido, ha contemplado la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercitar un derecho de oposición y cancelación de sus datos personales, además de propugnar que la información que se pretende eliminar desaparezca de los motores de búsqueda web. Esta responsabilidad del servidor supone un cambio en su forma de actuar, pues la Agencia Española de Protección de Datos no apreciaba la responsabilidad del servidor en sus primeras resoluciones.

Este organismo entiende que el derecho al olvido se incorpora al derecho a la protección de datos que, a pesar de no tener reflejo directo en la Constitución, se apoya en algunos de sus artículos y en las leyes orgánicas que desarrollan los derechos de la personalidad. De este modo, la Agencia Española de Protección de

---

<sup>23</sup> Vid. SEISDEDOS POTES, V. "Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa", *Cadernos de Dereito Actual*, n° 2, 2014, pp. 119-121.

<sup>24</sup> Artículo 20.4: "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

<sup>25</sup> Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 45-49.

<sup>26</sup> Op. Cit. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V., pp. 229-231.

<sup>27</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987.

Datos se apoya en dos principios recogidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, para amparar el derecho al olvido.

Así, el artículo 4.5 de esta Ley Orgánica establece el principio de finalidad como límite a la conservación de los datos registrados, por lo que se impone la obligación de cancelar los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. El final de este artículo concluye con una excepción que ha de ser determinada reglamentariamente con el objetivo de poder mantener íntegramente una serie de datos históricos, estadísticos o científicos. Por lo tanto, reconoce un derecho al olvido digital referente a la finalidad que inspira la protección de datos.

El segundo artículo de la Ley Orgánica 15/1999 en el que se pretende sustentar el derecho al olvido es más problemático. Su artículo 6 regula el principio del consentimiento inequívoco del afectado y la existencia de un interés público actual como requisitos necesarios para el tratamiento de datos. Sin embargo, este consentimiento no es necesario en el caso de que los datos personales aparezcan contenidos en una fuente de acceso público. En este supuesto, el principio del consentimiento no sustenta por sí mismo el derecho al olvido digital<sup>28</sup>.

La importancia de la Agencia Española de Protección de Datos radica en suplir las deficiencias en la técnica legislativa y por ser un órgano no jurisdiccional que garantiza una protección jurídica. Además, inicia el camino que concluirá con la sentencia que reconoce parcialmente el derecho al olvido en el ámbito europeo, la cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, debe tenerse presente que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece un procedimiento judicial especial para tratar de asegurar el equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual en la red y otros derechos fundamentales. Se excluye del conocimiento de este tipo de asuntos a la jurisdicción civil<sup>29</sup>.

El recorrido legal que da cobertura al derecho al olvido en el ámbito administrativo comenzó con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introduce en la norma de 2002 una nueva letra que recoge la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual y un nuevo apartado en su artículo 8. Además, también es necesario tener presente el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Las medidas restrictivas contenidas en esta Ley 34/2002 deben respetar según esta las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger una serie de derechos cuando estos pudieran resultar afectados, entre los que se encuentran: el derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de los datos personales, la libertad de expresión y la libertad de información; esto es, derechos que afectan a la materia contenida en el derecho al olvido. La norma advierte expresamente que estas medidas sólo podrán ser adoptadas por la autoridad judicial competente.

El apartado siguiente, que se corresponde con el artículo 8.2 anteriormente referido, establece literalmente: "Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-

<sup>28</sup> Vid. LÓPEZ PORTAS, B. "La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015, pp. 157-161.

<sup>29</sup> Op. Cit. LÓPEZ PORTAS, B., p. 148.

administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación”.

El segundo supuesto que prevé la Ley 34/2002 de intervención judicial a través del procedimiento especial regulado en el artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, alude a la ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual<sup>30</sup>.

#### **4.4. La sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000**

La trascendencia de esta sentencia obedece al hecho de que viene a establecer de manera clara y contundente el derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo, quedando configurado su contenido por los principios y derechos que se contemplan en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Debe tenerse presente que esta sentencia declaró la inconstitucionalidad y nulidad de algunos puntos de esta norma. Esta resolución viene a significar un nuevo paso en la regulación del derecho al olvido, demostrando que su configuración se va adaptando poco a poco a la realidad sobre la que debe legislar.

Se transcriben estos dos párrafos porque condensan perfectamente la ratio decidendi de la sentencia: “El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”<sup>31</sup>.

### **5. El derecho al olvido en la Unión Europea**

#### **5.1. La sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014**

Como ya se ha afirmado con anterioridad, esta sentencia recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario. El origen de esta viene por una demanda que interpone la Agencia Española de Protección de Datos contra Google, lo que motivó que la Audiencia Nacional elevara una cuestión prejudicial al tribunal europeo a raíz de un caso surgido en nuestro país.

El señor Costeja realizó lo que se denomina una “búsqueda vanidosa” y se encontró con una información que le llevaba perjudicando durante años, por el embargo al que se vio sometido por no pagar unas deudas debidas a la Seguridad Social. Los anuncios de la subasta de su inmueble fueron publicados por el

<sup>30</sup> Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. “Procedimientos especiales” en VV.AA., *Introducción a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, editorial Open Ediciones Universitarias, 2ª edición, Madrid, 2016, pp. 190-192.

<sup>31</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000.

periódico La Vanguardia en el año 1998, dando así cumplimiento a las disposiciones legales que exigen que se le dé la máxima publicidad posible a dicho trámite para conseguir ejecutar la cantidad debida<sup>32</sup>. El hecho de que el señor Costeja satisficiera su deuda no pudo evitar que su nombre siguiera asociado a la situación que había padecido hace años, ya que su información fue indexada por Google en el momento en el que se digitalizó el periódico<sup>33</sup>.

Ante esta situación el señor Costeja acudió a la Agencia Española de Protección de Datos contra Google Spain, S.L., Google Inc. y contra La Vanguardia Ediciones S.L. por no haber sido atendido debidamente su derecho de oposición y solicitando la apertura de un procedimiento sancionador. El resultado de la reclamación fue dispar. Mientras que la reclamación contra la Vanguardia Ediciones S.L. fue desestimada por cumplir esta con su obligación de publicitar las subastas, la referente a Google Spain, S.L. y a Google Inc. fue atendida, requiriéndoles para que adoptasen las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitasen el acceso futuro a los mismos<sup>34</sup>.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014<sup>35</sup> debe ser analizada en profundidad, puesto que aborda varios aspectos fundamentales. En primer lugar, concluye que Google Spain se dedica al ejercicio real y efectivo de una actividad mediante una instalación estable en España, por lo que las invocaciones de Google a otro fuero territorial no se tuvieron en cuenta. Esta afirmación es coherente con el Auto de la Audiencia Nacional nº 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 27 de febrero de 2012<sup>36</sup>, en el que se consideró que Google se presta a nivel mundial con versiones adaptadas al idioma nacional.

En segundo lugar, no se puede sustraer la responsabilidad de Google porque se constata que realiza un tratamiento de los datos personales en su establecimiento. Esta obligación persiste aun cuando los datos personales ya hubieran sido publicados por medios de comunicación social. En base a esto, con respecto a la actividad de Google como proveedor de contenidos, el tribunal europeo diferencia la actividad de los editores de las páginas web de la actividad llevada a cabo por el buscador, el cual ejerce de multiplicador de la información. El aspecto fundamental es si se puede imputar o no una responsabilidad a Google, teniendo en cuenta que los buscadores solo indexan aquello que se les permite. Por lo tanto, se corre el riesgo de que Google en su cualidad de intermediario tenga que responder por la negligencia en la forma de tratar los datos, extendiendo el ámbito de su responsabilidad desde una concurrencia de culpas con la página web originaria hasta su culpa exclusiva.

Sin embargo, la sentencia hace hincapié en los perniciosos efectos padecidos por la protección de datos por culpa de los buscadores en internet, por lo que imputa una mayor responsabilidad a estos por provocar, en comparación con una página web, una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada.

Por estos motivos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone a Google la obligación de eliminar los links a la información de los datos. No obstante, hay que matizar este deber ya que no opera automáticamente, puesto que es necesario hacer una ponderación de los intereses en juego que podría llegar a exonerar a Google de su obligación. Esto se produce porque Google debe tener

---

<sup>32</sup> Vid. artículo 645 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; y artículo 117.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

<sup>33</sup> Op. Cit. CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., pp. 1-2.

<sup>34</sup> Vid. Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 30 de julio de 2010.

<sup>35</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014.

<sup>36</sup> Vid. Auto de la Audiencia Nacional nº 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 27 de febrero de 2012.

presente los derechos de cancelación y oposición en relación con el resto de principios que rigen los datos personales, como son el de finalidad de los tratamientos y el de calidad de los datos<sup>37</sup>.

Adviértase que la sentencia es cuestionable jurídicamente por diversos motivos, ya que la responsabilidad al motor de búsqueda debería ser limitada a retirar los datos de sus servidores y, en algún supuesto, a suprimir los links donde se trata la información. Puede ocurrir que Google decida convertirse en un censor decidiendo lo que se puede indexar y lo que no, para evitar la responsabilidad a la que tiene que hacer frente por culpa del abandono de las obligaciones de un tercero.

La resolución del tribunal europeo tampoco puede garantizar que los datos que han sido borrados no sigan circulando por la red y puedan ser indexados por otros buscadores. La atribución de responsabilidades a Google por las copias o enlaces que hayan hecho terceras personas, puede provocar situaciones anómalas de difícil solución.

Además, la obligación de Google de aplicar el derecho al olvido sitúa a los buscadores en una compleja posición, toda vez que no es un órgano judicial que pueda ponderar con la misma eficacia que un tribunal las circunstancias concretas de cada caso, máxime cuando estas surgen como resultado de un conflicto de intereses<sup>38</sup>. En todo caso, adviértase que el tribunal europeo sí ofrece algunas reglas precisas que permiten realizar la ponderación requerida para abordar el derecho al olvido, como las siguientes: no es preciso que la información contenida en el tratamiento de datos cause un perjuicio al interesado; el derecho a la intimidad del interesado prevalece, en todo caso, al interés económico del buscador; y la intimidad del afectado prevalece al interés público en general de acceder a la información excepto cuando por razones concretas deba reconocerse que existe un interés preponderante del público en acceder a la información, como en los casos en que el interesado tenga un papel importante en la vida pública.

Finalmente, destáquese la sentencia dictada el 29 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Sección Primera<sup>39</sup>, donde finalmente se resuelve el tema planteado por el señor Costeja integrando los argumentos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014. Su importancia estriba en que es la primera ocasión en la que se reconoce el derecho al olvido en el ámbito judicial español.

Describe este derecho como el poder de disposición del particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona. Además, esta sentencia de la Audiencia Nacional corrobora lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que hace hincapié en la obligación que tiene el motor de búsqueda de desindexar una lista de resultados vinculada a una persona, así como en la ausencia de necesidad de que la información cause un perjuicio al interesado<sup>40</sup>.

## 5.2. El Derecho Administrativo Europeo

El hecho de que buena parte de lo relativo al derecho al olvido se atribuya a órganos administrativos y a la jurisdicción contencioso-administrativa, obliga a hacer una referencia a este derecho en el ámbito de la Unión Europea. Su importancia radica en que este derecho de índole supranacional es un derecho que ejecuta las disposiciones provenientes de las instituciones comunitarias. Debe matizarse que este derecho comprende el de las administraciones nacionales, ya

<sup>37</sup> Op. Cit. ARENAS RAMIRO, M., pp. 546-550.

<sup>38</sup> Op. Cit. ARENAS RAMIRO, M., pp. 554-556.

<sup>39</sup> Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 29 de diciembre de 2014.

<sup>40</sup> Vid. AZURMENDI, A. "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, nº 92, 2015, pp. 292-295.

que estas ejecutan indirectamente este derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, los estados miembros deberán adoptar todas las medidas para dar cumplimiento a los actos jurídicamente vinculantes.

Desde este punto de vista, es necesario que se garantice la uniformidad y eficacia de lo legislado por Europa, hasta el punto de que en algunos supuestos esta organización internacional puede asumir algunas competencias de ejecución, sustrayéndoselas a los estados miembros. Sin embargo, conviene advertir que la Unión Europea carece de una competencia formal para intervenir en el ámbito de las Administraciones Públicas, pero esto no es óbice para que influya de otras maneras.

En un sentido más estricto, el Derecho Administrativo Europeo sería el Derecho de la Administración Europea, entendiendo como tal una serie de aparatos administrativos de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. De este modo, la estructura administrativa europea se encarga de ejecutar el derecho emanado de dicha organización internacional.

Señálese que tanto la función administrativa como la ejecutiva no aparecen reflejadas en los Tratados, por lo que se hace necesario acudir a la jurisprudencia, la cual atiende a dos criterios: el formal y el sustantivo. Con respecto al primero, es evidente que un acto que desarrolla directamente el Tratado sería de naturaleza legislativa, mientras que un acto que desarrolla directamente otro acto que sí desarrolla el Tratado sí sería de naturaleza ejecutiva. En relación al segundo, el ámbito propio de la función ejecutiva se desenvolverá en los elementos que no son esenciales<sup>41</sup>.

El reglamento es un acto europeo que se caracteriza por su carácter fundamentalmente normativo, aplicable a categorías indeterminadas en abstracto y en su conjunto, no a destinatarios determinados, designados o identificables. Puede calificarse, en palabras del profesor Fuentetaja como: "el instrumento normativo por excelencia para establecer el régimen jurídico de la Administración europea, pues por su estructura interna y por sus efectos constituye una norma completa". Vincula a la administración, pudiendo originar derechos y obligaciones para los ciudadanos de manera directa. Con respecto a su naturaleza legislativa o ejecutiva dependerá de su procedimiento de adopción<sup>42</sup>.

### **5.3. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016**

El título completo de esta norma es bastante significativo: 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 (Reglamento general de protección de datos)<sup>43</sup>. Apréciase que este instrumento jurídico es el idóneo para abordar esta materia por las razones expuestas en el apartado anterior.

Un análisis detallado del Reglamento 2016/679 ayuda a comprender el último eslabón de la protección del derecho al olvido y de los derechos inherentes a este. Ya en el preámbulo queda de manifiesto la importancia otorgada al derecho a la protección de datos de carácter personal, así como la afirmación categórica de que su tratamiento debe estar concebido para servir a la humanidad. También se hace patente el reconocimiento de que las nuevas tecnologías han sentado un precedente sin parangón a la hora de utilizar los datos personales, por lo que se hace necesario tratar de paliar esta situación. Motivos todos ellos por los cuales el legislador europeo se ve abocado a intervenir, toda vez que la jurisprudencia comunitaria ya se había pronunciado.

<sup>41</sup> Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Derecho Administrativo Europeo*, editorial Civitas, 1ª edición, Navarra, 2014, pp. 30-51.

<sup>42</sup> Op. Cit. FUENTETAJA PASTOR, J.A., pp. 85-86.

<sup>43</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

El preámbulo realiza una serie de advertencias dignas de ser reseñadas. Una en el sentido de que la protección de las personas físicas debe ser tecnológicamente neutra y no debe depender de las técnicas utilizadas. Otra refiriéndose a que los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Del mismo modo, el Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas, mientras que los niños merecen una protección específica de sus datos personales. Además, se declara expresamente que los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales merecen una especial protección, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. En particular, las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto.

Continúa el preámbulo incidiendo en la necesidad de que deban arbitrarse fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos, incluidos los mecanismos para solicitar y, en su caso, obtener de forma gratuita, en particular, el acceso a los datos personales y su rectificación o supresión, así como el ejercicio del derecho de oposición. Con ello se pone de manifiesto la importancia del consentimiento.

Entrando en las disposiciones del Reglamento, el artículo 1 tipifica su objeto, el cual se circunscribe a los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. El artículo 2, en lo referente al ámbito de aplicación material, establece que se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, si bien establece una serie de excepciones. El artículo 3, relativo al ámbito territorial, pretende garantizar la aplicabilidad de la norma en un buen número de supuestos, para tratar de evitar que se conculque el sentido de este Reglamento. Señálese que el artículo 4 define una serie de conceptos recurrentes a lo largo del texto legal, lo que redundará en tratar de obviar las interpretaciones que obstaculicen lo establecido por el legislador.

El artículo 5 merece una especial atención, ya que establece los principios relativos al tratamiento de los datos, lo cual tiene una especial trascendencia pues constituyen el fundamento primigenio de la regulación de esta materia. Sin perjuicio de un análisis pormenorizado de alguno de ellos, se transcribe literalmente: "1. Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el

artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

El principio de transparencia es uno de los nuevos principios aplicables que el Reglamento recoge en relación con la protección de datos. Su preámbulo ya establece en varias ocasiones la exigencia de que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, así como que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Además, el artículo 12 regula específicamente la transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado.

Este principio otorga además al titular de los datos el derecho a estar informado sobre el tratamiento que se está haciendo de sus datos, para que el interesado pueda conocer quién, cómo y para qué están tratando sus datos en todo momento, así como saber con exactitud el tipo de datos que están siendo tratados y las incidencias que se produzcan en relación a los mismos. El reconocimiento de este principio implica, correlativamente, en el caso de que los datos se recaben directamente del interesado, un aumento de la información que el responsable del fichero deberá poner a disposición del titular de los datos antes de obtenerlos o al momento de destinar los ya obtenidos a una nueva finalidad. Se regula también el principio de responsabilidad del responsable del tratamiento, que es objeto de desarrollo en el artículo 24<sup>44</sup>.

El artículo 6 impone una serie de condiciones para que el tratamiento sea lícito. El siguiente instaura otra novedad al regular las condiciones para entender válidamente prestado el consentimiento, entre las que destacan el que deba ser manifiestamente otorgado y, en algunos casos, explícito. El original artículo 8 instaura las condiciones aplicables al consentimiento de los niños. En la siguiente disposición se añaden nuevas categorías especiales de datos personales que se suman a las existentes, entre las que se encuentran los datos genéticos y los datos biométricos, sobre los que decreta la prohibición de su uso siempre que estos tengan la finalidad de identificar a una única persona.

Se reconocen nuevos derechos, o nuevas variantes de los recogidos, en la protección de datos recogidos entre los artículos 12 y 21, ambos inclusive. Entre estos: transparencia (anteriormente referenciado), información, acceso, rectificación, supresión o derecho al olvido, limitación del tratamiento, oposición y portabilidad de datos. Este último consiste, tal y como tipifica el artículo 20, en el derecho que tiene el interesado en recibir los datos personales que le incumban en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, así como a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, siempre que se cumplan una serie de condiciones<sup>45</sup>.

Del resto de novedades que instaura el Reglamento conviene destacar la contenida en el artículo 17, en virtud del cual se reconoce el derecho al olvido, anteriormente reconocido por la jurisprudencia. Su tenor literal es el siguiente: "1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

<sup>44</sup> Vid. MAYOR GÓMEZ, R. "Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)", *Gabilex*, nº 6, 2016, pp. 11-12.

<sup>45</sup> Op. Cit. MAYOR GÓMEZ, R., pp. 13-15.

a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;

c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones".

El legislador decide reconocer en vía legislativa un derecho que es necesario para tutelar una serie de derechos relacionados con el olvido. De lo contrario, se corría el riesgo de que se siguieran produciendo no solo vulneraciones totales o parciales de los mismos, sino que la evolución del uso de las nuevas tecnologías provocara otra serie de transgresiones en este tipo de derecho. A pesar de que estas son difíciles de prever, lo cierto es que su regulación aminora las posibles consecuencias que podrían llegar a producirse.

En un mundo cada vez más globalizado es necesaria una regulación uniforme, aunque sea en el ámbito comunitario, que dé una respuesta común a los problemas que se plantean en el ámbito del derecho al olvido. Es más, el carácter tuitivo del Reglamento hace que su aplicación se extienda al tratamiento de los datos de los ciudadanos europeos fuera del ámbito de la Unión Europea. El hecho de haber adoptado la forma de un reglamento es una muestra de la importancia que le ha concedido el legislador europeo a esta materia.

Como toda legislación que contiene aspectos que se regulan ex novo, es probable que necesite más tiempo del habitual para que todos los operadores jurídicos puedan adecuarse a ella. Ello no obstará para que a este Reglamento se le puedan ir reconociendo una serie de méritos, como el haber trascendido el contenido clásico del derecho de cancelación. Seguramente sea mejorable y también necesite adaptarse a los cambios que se van a seguir produciendo en el mundo tecnológico, pero para ello ya tendrá tiempo el legislador para volverse a adaptar a los tiempos.

## 6. Conclusiones

Las nuevas tecnologías han venido provocando sistemáticamente la conculcación de una serie de derechos y la aparición de otro tipo de problemas a los que el derecho debe hacer frente. El derecho al olvido afecta a varios derechos que se encuentran enfrentados, por eso es conveniente ponderarlos para determinar el que debe tener preferencia en el caso concreto, tratando de evitar que ninguno sea sacrificado.

Conviene recordar que el derecho al olvido no es absoluto y que existen ocasiones en las que no se dan los presupuestos para que se pueda aplicar. Sirva como ejemplo el caso de la persona de relevancia pública cuyos datos son de interés público que pretendiese ejercer este derecho o la protección de determinados tipos de datos como son los históricos. Sin embargo, estas generalizaciones no nos pueden hacer obviar la necesidad de seguir analizando cada caso de manera diferente. Por ello, retomando uno de los supuestos anteriores, se plantea la duda de hasta cuando se entiende limitada temporalmente la existencia de interés público o, por el contrario, perdura indefinidamente. Desde el otro punto de vista, se ignora donde se encuentran los límites al derecho a la libertad de información y a la censura.

Señálese que los ordenamientos de los distintos países no abordan esta cuestión de manera homogénea, toda vez que las diferencias entre sistemas reflejan, en no pocas ocasiones, las diversas concepciones de los derechos afectados, lo que provoca que ante supuestos iguales se articulen diversas soluciones, como en el caso de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente a la privacidad en la tradición americana. Recuérdese que la privacidad en este sistema se fundamenta en la noción de control, mientras que en Europa lo hace como derecho a la dignidad o a la intimidad.

El ordenamiento español ha abordado su contenido desde distintos ámbitos legislativos, siendo relevantes las resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos, cuya trayectoria refleja una mayor protección conforme pasan los años. En consonancia con esto, la configuración del derecho al olvido ha ido evolucionado como respuesta al desarrollo de las nuevas formas de comunicarse. Una de las muestras que corroboran lo anterior es el importante cambio en materia de disposición de los datos por parte de los ciudadanos, pasando de ser un control a posteriori a un control a priori. Además, nuestro país fue el precursor de una cuestión perjudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, en la que se recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario, siendo esta una resolución que confirma normativa anterior y coherente, a su vez, con la realidad legislativa española.

Anteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 ya había venido a establecer la protección de datos como derecho fundamental autónomo, puesto que su objeto no se circunscribe solamente a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo.

Retomando la resolución del tribunal europeo y sin negar su importancia, esta tampoco puede garantizar que los datos que han sido borrados no sigan circulando por la red y puedan ser indexados por otros buscadores. Una vez más los hechos van por delante del derecho y tratándose de las nuevas tecnologías este axioma cobra más sentido si cabe. De ahí la necesidad de un impulso legislativo que culminó, varias normas después, con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. En esta norma se reconoce el derecho al olvido sin ambages, con una profusión requerida por la realidad tecnológica y que, en principio, parece que puede ser efectiva para el cumplimiento de sus objetivos si no se distorsiona su aplicación.

Sin embargo, a pesar de la existencia de este derecho en diversa normativa y en reiterada jurisprudencia en múltiples ordenamientos, asoman una serie de interrogantes que solo el paso del tiempo ayudaría a dilucidar y que requieren de un tratamiento más sosegado. Por ejemplo, se ignoran las consecuencias de los

procesos de recolección de grandes cantidades de datos y su inmediato análisis para alcanzar varios objetivos, conocidos como Big Data. Esta práctica salió a la luz para una inmensa mayoría de los ciudadanos a raíz de su uso en las elecciones presidenciales estadounidenses por parte del equipo de Obama, el cual iba modificando sus discursos y mensajes en función de estos datos recogidos en la red.

Asimismo, también seguirán existiendo tensiones entre el derecho al olvido y otros derechos referentes a él. Baste recordar la cíclica polémica entre los que propugnan que ciertos delincuentes puedan disfrutar del derecho al olvido y los que defienden que la población debe ser avisada para poder extremar las medidas de precaución. También es célebre la postura que mantiene que deberían elaborarse listas públicas con determinados tipos de delincuentes con el mismo objetivo previsor.

Finalmente, el estado actual en la regulación al derecho al olvido parece consolidar una tendencia hacia una mayor protección. Sin embargo, ello no es óbice para que los grandes poderes interesados en el control de los datos para todo tipo de fines, consigan cambiar esta dinámica en connivencia con los poderes públicos. Del mismo modo, puede suceder que el retroceso en la protección derivada de este derecho se deba a otro tipo de factores que tengan que ver, por ejemplo, con un cambio de mentalidad general que sea más permisiva con la pérdida de intimidad. Quizás simplemente, parafraseando a Mario Benedetti, el olvido esté lleno de memoria.

## 7. Bibliografía

- ARENAS RAMIRO, M. "Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014.
- Auto de la Audiencia Nacional nº 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 27 de febrero de 2012.
- AZURMENDI, A. "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, nº 92, 2015.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. "Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo" en el Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, de 2 de septiembre de 2013.
- DEL MASSO, F., MIRANDA GONÇALVES, R. y ZEFERINO FERREIRA, R. M. "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Derecho Administrativo Europeo*, editorial Civitas, 1ª edición, Navarra, 2014.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A. "Procedimientos especiales" en VV.AA., *Introducción a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, editorial Open Ediciones Universitarias, 2ª edición, Madrid, 2016.
- GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V. *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, editorial Sanz y Torres, Madrid, 2011.
- LÓPEZ PORTAS, B. "La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015.
- MAYOR GÓMEZ, R. "Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)", *Gabilex*, nº 6, 2016.

- PARRADO, S. "Estados Unidos" en VV.AA., *Gobiernos y Administraciones públicas en perspectiva comparada*, editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013.
- PEREIRA MENAUT, A.C. *Lecciones de Teoría Constitucional*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 1997.
- PÉREZ GÓMEZ, A.M. "Cuando Google juega con la información privada... el derecho al olvido digital en Europa, una lucha de titanes", *Revista la propiedad inmaterial*, nº 22, 2016.
- RALLO LOMBARTE, A. "El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010.
- 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 (Reglamento general de protección de datos).
- SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E. "La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014.
- SEISDEDOS POTES, V. "Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa", *Cadernos de Dereito Actual*, nº 2, 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987.
- SOUTO PAZ, J.A. "Las libertades públicas en la Constitución de 1869", *Revista de Derecho Político*, nº 55-56, 2002.