

DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL OLVIDO

Francisco Mesa Quesada¹

Fecha de publicación: 02/07/2017

Sumario: Introducción. **1.** Contexto social y jurídico. **2.** Su dimensión constitucional. **3.** Su actual problemática constitucional. **4.** Protección jurisdiccional. **5.** Respuestas jurídicas aplicables. Conclusiones. Bibliografía y anexo jurisprudencial.

Resumen: En los últimos años, los avances en la tecnología desarrollados han influido de manera notable, en la evolución del concepto y la protección jurídica de la intimidad. Además, hablaremos acerca del encaje constitucional de uno de los derechos más importantes en el mundo tecnológico en el que vivimos.

Los descubrimientos en el ámbito de las tecnologías útiles para la información y comunicación, han formulado una nueva realidad social cuyos caracteres más importantes giran en torno a internet. Es aquí, donde los usuarios nos vemos necesitados de algún mecanismo de protección de nuestro derecho a la intimidad y a la privacidad, por tanto, nace el denominado derecho al olvido digital, o también conocido como derecho al olvido.

Este derecho, ha sido ratificado por la Agencia Española de Protección de Datos, el Tribunal Supremo de España, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es un derecho “nuevo”, ya que aún existen problemas al querer ejercitarlo. En este trabajo, desarrollaremos más acerca de cómo ejercitar este derecho, y que opina la doctrina jurídica acerca de este derecho.

Palabras Clave: Mecanismo de Protección, Intimidad y Privacidad, Derecho al Olvido Digital, Agencia Española de

¹ Referencia: crrico@ujaen.es

Protección de Datos, Tribunal Supremo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Summary: In recent years, technology advances have influenced significantly on the evolution of the concept of legal protection of privacy. Moreover we will discuss about the according to constitution of one of the most important eight in the technological world revolution we are living.

The discovers in technologies which are useful for information and communication have created a new social reality whose revolve around the Internet. As a result, users need some ways of protecting our right to privacy, so the so-called digital oblivion or also known as right to oblivion.

The Spanish Data Protection Agency has confirmed this right, like the Supreme Court of Spain and the Court of Justice of the European Union (CJEU). It's a new right so there are a lot of problems to exercise it. In this work we are going to try to explain how we can exercise it, and the different opinions of the doctrine about this right.

Keywords: Ways of protecting, privacy, digital oblivion, Spanish Data Protection Agency, Supreme Court of Spain, Court of Justice of the European Union.

“Internet es un gran inventario de información pero no constituye en sí misma la memoria”

Umberto Eco.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los avances en la tecnología desarrollados han influido de manera notable, en la evolución del concepto y la protección jurídica de la intimidad. Además, hablaremos acerca del encaje constitucional de uno de los derechos más importantes en el mundo tecnológico en el que vivimos.

Los descubrimientos en el ámbito de las tecnologías útiles para la información y comunicación, han formulado una nueva realidad social cuyos caracteres más importantes giran en torno a internet. Es aquí, donde los usuarios nos vemos necesitados de algún mecanismo de protección de nuestro derecho a la intimidad y a la privacidad, por tanto, nace el denominado derecho al olvido digital, o también conocido como derecho al olvido.

Ante los conflictos que nacieron entre los usuarios y los responsables de controlar la información y los datos de carácter personal en Internet, los tribunales vieron la necesidad de pronunciarse y aclarar diversos puntos del marco jurídico de la protección de datos de carácter personal, y sobre todo, acerca del ya denominado derecho al olvido. Es aquí, donde se pronuncia la sentencia más significativa para el derecho al olvido, la sentencia del TJUE de 2014.

Para finalizar, hablaremos acerca del procedimiento a seguir para ejercitar el derecho al olvido, y sus consecuencias de ejercitarlo.

1. CONTEXTO SOCIAL Y JURÍDICO

Los avances en la tecnología desarrollados durante las últimas décadas, han influido de manera notable en la evolución del concepto y la protección jurídica de la intimidad. La idea de privacidad, es difícil de precisar debido a la influencia de diversos factores contextuales: sociales, circunstanciales y en nuestros días, tecnológicos. Se demanda una protección de la información personal frente a la amenaza invasiva de las nuevas

tecnologías, su almacenamiento, difusión y utilización en el ámbito telemático. Aunque el control de la información personal viene recogido de una manera general en las distintas concepciones del derecho a la intimidad, este aspecto se transforma en la sociedad actual del siglo XXI, demandando una serie de nuevos mecanismos de protección suficientes, ante los nuevos desafíos antes expuestos.

Frente a las invasiones de la privacidad provocadas por los nuevos mecanismos tecnológicos, la información durante los sesenta y setenta en los EEUU, comenzaron a surgir algunas contribuciones doctrinales que definían el concepto de privacidad considerando el aspecto informacional como un factor relevante en una sociedad cada vez más informatizada. En este sentido, el jurista checo Charles Fried², entendía el derecho a la privacidad como el poder de control sobre la información personal, no solo cuantitativa, sino cualitativa³.

La innovación en el campo tecnológico de las comunicaciones, han configurado una realidad social nueva, cuyos caracteres más importantes giran en torno a internet y sus posibilidades, donde: a) la información es fuente de poner a todos los niveles; b) el mundo está globalizado, y existen a su vez varios tipos de globalización; y c) las nuevas tecnologías sirven de motor a las dos características anteriores.⁴

Ante una posible lesión de la intimidad en el tratamiento de los datos de carácter personal, la aspiración de los sujetos de controlar sus datos personales se materializa en el derecho a la autodeterminación informativa. El tratamiento que recibe esta información necesita, requiere de una serie de instrumentos de regulación específicos, dada la sensibilidad de los datos que se transfieren a través de las redes informáticas.

En poco más de 2 décadas, Internet ha evolucionado hasta llegar a convertirse en el sistema más poderoso para la difusión de información que se ha conocido hasta el momento. Una vez que se incorpora una información a Internet, *“es imposible detenerla, y aunque posteriormente intente ser retirada por su titular, impensable cantidad de copias pueden*

² FRIED, CH., "Privacy", en *Yale Law Journal*, vol. 77, 1967-1968, págs.475-493

³ Vid. Saldaña, M.N., "La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los EEUU", en *Araucaria*, vol.9, núm. 18, págs. 85-115, 2007, pág. 98.

⁴ BALLESTEROS MOFFA, L.A., 2005, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 34-37

estar circulando de forma ingobernable o haber ingresado a un sinnúmero de bases de datos”⁵.

A pesar de los intentos por regular el mundo de Internet, existe una resistencia generalizada por parte de los usuarios y de agentes sociales, ante todo tipo de control de la información que se almacena y transfiere en la red.

No obstante, junto a los aspectos positivos de la incorporación de avances en el campo de las nuevas tecnologías, no se pueden ignorar los riesgos a los que se enfrentan otros derechos fundamentales, como puede ser el de la personalidad. Esto requiere, como se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional (TC), afirmando: *“reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación”⁶*. En el mismo sentido, cabe hablar hoy día, de la mayor exposición a la que podemos vernos sometidos en referencia a la intimidad o la imagen de nosotros mismos por el simple hecho, de que cualquier lleva consigo un dispositivo que permite grabar imágenes o conversaciones y transmitirlos en un instante a un público inmenso a través de las redes sociales, con la dificultad de determinar, en muchas ocasiones, al autor de tales acciones. El avance tecnológico está al alcance de prácticamente todos, y esto hace que nosotros nos convirtamos en una amenaza potencial para los derechos de la personalidad, cobrando mucho más sentido si cabe la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 9.1 CE que, a pesar de que el ordenamiento jurídico ha tratado de dar respuesta a la incidencia que las nuevas tecnologías producen en las diferentes facetas de la vida de los ciudadanos, con normas específicas que regulan el comercio electrónico o el acceso electrónico a los servicios públicos⁷, la incorporación de estos avances y de estas tecnologías revolucionaria a los distintos sectores de la sociedad, no se ha visto siempre acompañada de una

⁵ PIERINI, A., Lorences, V.m Tornabene, M.I., 1999, *Hábeas data*, op. cit. 143. : *“es imposible detenerla, y aunque posteriormente intente ser retirada por su titular, impensable cantidad de copias pueden estar circulando de forma ingobernable o haber ingresado a un sinnúmero de bases de datos”*

⁶ STC 12/2012, de 30 de enero, FJ. 6º. (TOL 2531059): *“...reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación”*.

⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

modificación de la legislación en vigor, para hacerse eco de la existencia por ejemplo, del correo electrónico o de internet.

En definitiva, cada vez más los datos personales son más numerosos e importantes para nuestra vida diaria y, sin embargo, existen más formas y técnicas que permiten captarlos legal o ilegalmente⁸, lo que nos obliga a tener que reflexionar si nuestro ordenamiento jurídico, y especialmente nuestro Derecho penal con el Código penal a la cabeza (CP), responde de forma adecuada a los riesgos que se esconden.

Con la aparición exponencial de dispositivos para acceder a Internet, una serie de vacíos legales o lagunas jurídicas tratan de ser cubiertos por parte de los legisladores. El derecho al olvido es uno de los que más preocupan en la actualidad a la ciudadanía y, ampara la capacidad de una persona de borrar de internet información sobre sí misma preservando su privacidad y honor.

Dentro de nuestro país, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) exigió en el año 2010 a la empresa Google, que eliminase los vínculos que enlazaban a un anuncio en prensa escrita referente a un embargo, y cuyo perjudicado no deseaba que fuesen visibles al buscar su nombre en dicho buscador. Google siempre se ha defendido ante este tipo de temas argumentando que son los medios o fuentes originales de la publicación, quienes deben corregir la información no veraz, ya que de hacerlo ellos, estarían coartando su libertad de expresión.

Desde el comienzo de la década en la que nos encontramos, han ocurrido varios conflictos a nivel internacional, que han estado en las primeras páginas de todos los medios de comunicación. Acontecimientos tales, como la Primavera Árabe, el 15 M en España, o los conflictos raciales que tuvieron lugar en la ciudad norteamericana de Ferguson, Estados Unidos, son algunos de los ejemplos más ilustrativos, y tuvo una característica común con otros casos: el uso de una red social como es Twitter, como fuente de comunicación para que el mensaje que en ellos se quería transmitir, llegara a la mayor parte de la población posible. La rapidez y la inmediatez con la que se pueden transmitir dichos mensajes en Twitter, hicieron posible el vehículo idóneo para ello, por esto podemos

⁸ ALBO PORTERO, C., “Las redes sociales y la web 2.0. Fuentes de creación de perfiles personales suplantación e identidad, reputación online y protección de datos personales” en *Luces y Sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*. Tomo II. Ed. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010, pág. 582 y ss. O en MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas lícitas en la red*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002. Pág., 31 y ss.

afirmar sin equivocarnos, que el fenómeno Twitter es por una parte positivo.

Lo dicho anteriormente nos hace reflexionar, de un tiempo a esta parte, tanto la creación, como el acceso a la información, se han modificado de manera muy acentuada, por lo tanto el análisis y el tratamiento de esta información deben sufrir también modificaciones que acompañen a dichos cambios.

Cambiando a otra de las redes sociales más famosas de nuestro tiempo, como es Facebook, el responsable de privacidad de Facebook en Europa, Richard Allan, se ha mostrado en contra de la intención de la Unión Europea de garantizar un derecho al olvido en Internet. El señor Richard Allan ha explicado que la privacidad puede ser mejorada, pero de ahí a crear una ley genérica en función de casos concretos, es un gran error.

La Unión Europea está planteándose crear una ley que garantice a los usuarios su desaparición de la Red y las redes sociales, si así lo desean. Empresas como Google, mantienen tensiones legales para determinar si los usuarios pueden exigir la retirada de su nombre de Internet.

Internet ha transformado la forma de realizar negocios, de comunicarnos con los demás y la forma de trabajar dentro de las empresas. En definitiva, ha cambiado la vida de millones de personas. Un dato bastante significativo que nos da idea de la magnitud de este cambio es el hecho de que Google reciba más 3.000 millones de visitas diarias. Han surgido nuevas ocupaciones profesionales gracias a la consolidación de Internet como vía de comunicación y como herramienta de trabajo. Algunas redes sociales o sitios web (Twitter, LinkedIn, Facebook, Myspace, Tuenti, entre otros) y el hecho de que éstas se utilicen por las empresas, fundamentalmente en relación con las acciones de marketing online, comunicación y posicionamiento o branding, ha dado lugar al surgimiento de la profesión denominada Community Manager⁹. Los responsables de marketing online, o los responsables de Big Data de las compañías, son ocupaciones profesionales que están surgiendo con fuerza en la actual era de Internet.

En referencia a la protección de datos, se plantean nuevos interrogantes, teniendo en cuenta que la ley en vigor data de la era anterior

⁹ Es el responsable de la gestión de la comunidad virtual en Internet, principalmente como auditor de marca en los medios sociales online. El Community manager gestiona la marca en internet, monitoriza asimismo la competencia, crea contenidos para la web, blogs, etc. En cierto modo es similar a la figura del responsable de relaciones públicas, pero en el ámbito de internet.

a Internet. La Directiva 95/46/CE 15 es de 1995, cuando aún no existía Facebook, y un porcentaje mínimo de la población usaba Internet. El fenómeno de las redes sociales ha ocasionado una transformación muy importante en diversos órdenes, que ha dejado obsoleta en gran medida la directiva de Protección de Datos antes mencionada que, como hemos mencionado, data de 1995, un año en el que ni siquiera había nacido el fundador multimillonario de Facebook, Marck Zuckerberg. No cabe duda alguna de que Facebook supuso una revolución del mismo calado y magnitud que la que en su día provocó Gutenberg con la invención de la imprenta en 1440.

El derecho al olvido encuentra su origen en el derecho a la intimidad, y en el derecho a la protección de datos de carácter personal, pudiendo considerarse que el derecho al olvido deriva de estos. En nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar se ha producido el reconocimiento del derecho a la intimidad y, con posterioridad, se ha reconocido el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente, tal y como ha dejado claro el Tribunal Constitucional¹⁰.

En España, a nivel constitucional y sin perjuicio de la normativa de desarrollo, el derecho fundamental a la intimidad, se recoge en el artículo 18, encuadrado en el capítulo segundo. Su articulado dice así:

“1. Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. 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”.

También en numerosos textos internacionales está recogido el derecho a la intimidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹¹, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 contemplan en su articulado el derecho a la intimidad. En el caso, además, del Convenio de Roma de 1950, se da la peculiaridad relativa a los particulares, que en caso de vulneración del derecho a la intimidad pueden

¹⁰ Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.

¹¹ En el artículo 17 del Pacto se recoge: “Nadie será objeto de intromisiones ilegales o arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

acudir y pedir la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), lo que ha dado lugar a una jurisprudencia importante que, en España, puede ser aplicada a través del artículo 10.2 CE y que ha servido como base para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en esta materia.¹²

Es decir, a través de este derecho se le podría permitir a todo ciudadano cancelar sus antecedentes informáticos, por muy públicos que fueran y por novedosos que hayan sido los hechos que fueron recogidos en la Red y ahora se pretenden cancelar. En referencia a los casos de publicaciones en el BOE de indultos, sanciones a funcionarios, sanciones disciplinarias a financieros por el Banco de España, todos los cuales por Ley han de publicarse en los boletines oficiales o periódicos, o también de noticias en la prensa, cuya difusión responde a un interés legítimo y, en ocasiones está amparado por el derecho a la información, hay que ver cómo se articularía la convivencia entre derechos y ver cómo se logra el punto de equilibrio.

La AEPD nos da una aproximación al concepto del “derecho al olvido”: *el derecho al olvido es la manifestación de los tradicionales derechos de y cancelación y oposición aplicados a los buscadores de internet*. Centrando más la definición del derecho al olvido, este consiste en limitar por parte del titular de los datos personales, la difusión descontrolada de datos de carácter personal, en diferentes servidores de la Red cuando la información ya esté obsoleta, o que ya no tenga ninguna relevancia ni ningún interés para la opinión pública, aunque la publicación original sea legítima.

Ninguna norma reconoce y regula tal hipotético y específico derecho. Es más, no puede existir porque ni siquiera nos hallamos ante un concepto jurídico delimitado. Sin embargo, el ordenamiento reconoce que el paso del tiempo genera unos efectos jurídicos tanto de carácter constitutivo (positivos), como abrogativos (negativos).

Por tanto, el derecho al olvido, ha sido reconocido como un derecho que forma parte del marco de la protección de datos en la UE y, en este sentido, es un derecho fundamental inalienable pero a la vez restringido, que tiene que ser ponderado con el derecho a la libertad de expresión. Es ese equilibrio el que resulta primordial, tener en cuenta los intereses del afectado, cuyos datos son objeto de tratamiento, pero también los intereses

¹² Ver las sentencias del TC 110/1984, 114/1991, o 37/1989, entre otras.

del usuario de Google, que tiene derecho a acceder a esta información y el derecho a comunicar información por parte de Google¹³.

En definitiva, la discusión acerca del derecho al olvido, tiene que ver con los riesgos que el devenir de Internet cierne, como advirtiera Solove¹⁴, sobre la reputación, la privacidad, la libertad y la dignidad humana.

Para finalizar este capítulo, acabaremos con una reflexión interesante del directivo de Google, Eric Schmidt: <<Los jóvenes quizás tengan que cambiar su nombre en el futuro para escapar de su antigua actividad online>>¹⁵.

2. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Para comenzar a hablar acerca de la dimensión constitucional que posee el derecho al olvido, debemos de centrarnos en primer lugar en nuestra Constitución. En la CE, en el artículo 18, además de recogerse el derecho al honor, la imagen y la intimidad personal de todas las personas y de establecerse algunas garantías o inviolabilidades que tratan de salvaguardarlas, incluye un mandato dirigido al poder legislativo, en lo que respecta a la protección de datos de carácter personal, conforme al cual: “...*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*” (art. 18.4 CE).

Lo anteriormente comentado, en cuanto consecuencia de la dignidad del individuo que viene recogida en el artículo 10 CE, este derecho implica, en palabras de nuestro TC: “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*”¹⁶.

El derecho a la intimidad se extiende, no sólo a facetas de la propia vida, sino que además se extiende a algunas facetas de la vida de otros

¹³ Información obtenida y consultada el día 17/04/2017, con el siguiente enlace: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/privacidad/William-Malcolm-Google-privacidad-seguridad-internet-derecho-olvido_14_874570001.html

¹⁴ SOLOVE, D. J.: *The Future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet*, New Haven and London, Yale University Press, 2007.

¹⁵ The Wall Street Journal, 23 de septiembre de 2010.

¹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 231/1988: “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*”.

individuos con las que se tenga una especial vinculación, como la familiar; aspectos que inciden en la esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. En la determinación del ámbito protegido por la intimidad, posee un papel decisivo el principio de los actos propios, de manera que, cuando alguien hace públicos datos de su vida privada, éstos quedan excluidos de la protección que a él le otorga el derecho fundamental citado¹⁷.

Sorprende que en un momento donde el desarrollo de la informática (a finales de los 70), el poder constituyente español fuese consciente de la importancia y lesividad que este fenómeno podía representar para los derechos de los individuos y recogiese una previsión y un mandato dirigido al poder legislativo para que los protegiese de los posibles usos o excesos que se podrían realizar con dichas tecnologías de la información¹⁸.

No obstante, el poder legislativo se tomó un tiempo para cumplir dicho mandato. No fue hasta catorce años después, cuando nuestro legislador reguló esta materia de forma específica mediante una ley (ya derogada), hablamos de la LO 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LOTADP).

Con toda seguridad, fue esta insuficiencia legislativa, la que llevo a nuestros jueces a tratar de dar cumplimiento al mandato constitucional antes mencionado, atendiendo a lo estipulado en las diversas normativas internacionales que España ya había suscrito y ratificado por aquellos tiempos.

La UE respondió con la importante aprobación de la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, cuya transposición fue la que obligo a reformar la primera normativa estatal específicamente reguladora de dicha materia (la ya citada LOTADP), dando lugar a la aprobación de la todavía vigente LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), que entre otras cosas, extendió la protección jurídica que se otorgaba a tales datos no solo a aquellos que estaban recogidos de manera telemática, sino también a aquellos datos que se encontrasen en

¹⁷ AGUDO ZAMORA, MIGUEL. Manual de Derecho Constitucional, Ed. Tecnos, (4º Edición), Madrid, 2013.

¹⁸ De hecho, entre las comunicaciones de nuestro entorno solo encontramos una previsión similar en la Constitución portuguesa que parece haber servido de referente a nuestros constituyentes en este concreto aspecto, como señalan, entre otros, GUICHOT, E. *Datos personales y administración pública*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2005. Pág.61, LESMES SERRANO, C. en *La ley de protección de datos de carácter personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007. Pág. 49.

cualquier clase de soporte o fichero que resultase adecuado o idóneo para ser tratado¹⁹.

En el ámbito material, es necesario hacer hincapié en la limitación del derecho al olvido. Al final, no se trata de un derecho a la autodeterminación informativa o a la construcción de un perfil digital propio, a gusto de la persona afectada por la información que se publique sobre ella en Internet²⁰. Por otro lado, estamos hablando de casos en los que los datos a los que se vincula el enlace informático que aparezca en la lista de enlaces web del motor sean inapropiados, o excesivos desde la perspectiva de la finalidad para los que fueron tratados, según establece la jurisprudencia comunitaria.

Algún autor explica que la base del derecho al olvido reside en el respeto al principio del consentimiento para el uso de los datos, y además, en base al principio de finalidad, los datos van a ser suprimidos cuando ya no sean necesarios para aquello para lo cual se hubiesen recogido y, precisamente, esto constituye la base legal para la cancelación de datos de carácter personal en Internet²¹.

Por tanto, cuando hablamos de construir un derecho al olvido digital, es muy importante el establecimiento de límites y posibles excepciones, para hacerlo respetuoso con otros derechos fundamentales de las personas y con los intereses de todas las partes implicadas. Según el profesor Mieres, acerca de los límites del derecho al olvido, se erradicaría el peligro de un cumplimiento excesivo del fallo de la sentencia del TJUE por parte de los buscadores de Internet. De esta manera, estos proveedores de Internet no suprimirían más enlaces de los que fueran necesarios para proteger dicho derecho al olvido. En palabras del profesor Mieres, resulta procedente que

¹⁹ Resulta determinante la delimitación de los tratamientos de datos personales a los que la Directiva 1995/46/CE va a ser aplicable, realizada en su art. 2 y que considera por tales a *“cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuados o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, conservación, elaboración o modificación, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, así como su bloqueo, supresión o destrucción”*.

²⁰ Fines para los que ya existen empresas como Reputacion.com, Reputación en Internet o Abine, que no son sólo un negocio para eliminar datos personales en la Red, sino que, al mismo tiempo, ofrecen servicios de posicionamiento en los resultados de búsquedas acerca de sus clientes. Sobre esta cuestión, Vid. AZURMENDI, A., “Derecho de autodeterminación informativa y el derecho al olvido: La generación Google del derecho a la vida privada”, cit., pp. 213 y ss.

²¹(BACARIA, J.: “El derecho al olvido digital: la eliminación de datos personales de Internet”, *Economist & Jurist*, Vol. 20, nº158, 2012, págs. 12 a 20).

la superioridad del derecho al olvido, ha de venir condicionada por el criterio de la precisión de la lesión.²²

Si introducimos un derecho al olvido digital, sin límites ni excepciones, estaríamos creando una presunción de que la privacidad se encuentra por encima de otros valores. En esto la mayoría de la doctrina está de acuerdo, debido a que estamos hablando de derechos fundamentales, no podemos reconocerlos sin límites y debe estar presente un equilibrio y ponderación de intereses en juego o de derechos en conflicto, además de establecer excepciones y límites de carácter temporal, o de otro tipo²³.

3. ACTUAL PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

Este derecho sin embargo, posee una posición doctrinal contraria a su reconocimiento. Los contrarios a este derecho argumentan la amenaza que sería para la innovación tecnológica. Vint Cerf, creador del protocolo TCP/IP, dijo en el año 2012 en la inauguración del Museo Life Online en Reino Unido que *“el derecho al olvido puede suponer una amenaza para la web”*. *“El derecho al olvido es imposible de lograr, debido a que copiar información que está en Internet a las computadoras y volver a subirlas es demasiado fácil. Nuestro mundo tiene ya clara la idea de que una vez que algo se hace público, por ejemplo un libro o una revista, no puede ser retractado fácilmente. Esto también debería aplicarse al mundo digital”*²⁴. El señor Cerf señala que el derecho al olvido apunta a permitir a los ciudadanos eliminar información concreta acerca de ellos en los buscadores de Internet. Para este experto, no obstante, la normativa no ha sido del todo bien definida, debido ello a la gran dificultad técnica de implementar algo como el derecho al olvido, sin contar además las consecuencias legales que ello tendría. En referencia a esto, Cerf apunta una analogía y compara el borrado de datos en la Red con eliminar los libros de los estantes de las bibliotecas.

El problema que gira en torno a la existencia de un derecho al olvido nace estrictamente vinculado a un hecho social, y surge en la opinión

²² Información consultada el día 18 de abril de 2017 en http://www.infolibre.es/noticias/politica/2014/06/10/el_derecho_olvido_18106_1012.html

²³ ÁLVAREZ CARO, MARÍA, *Derecho al Olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Madrid 2015, Editorial Reus).

²⁴ Vint Cerf en la presentación del Museo Life Online en el Reino Unido, 2012, hizo estas declaraciones recogidas por la prensa. <http://www.fayerwayer.com/2012/03/vint-cerf-critica-el-derecho-al-olvido-en-internet>

pública como un problema fundamentalmente jurídico. Además, no resulta raro si tomamos en estima que los autores han afirmado que el Derecho y el ordenamiento jurídico regulan el asunto y la naturaleza de las relaciones de los individuos existentes en la actualidad. Esta idea supone, que la realidad social del momento, tiene que ser apreciada por el ordenamiento jurídico, y también por el propio Derecho Constitucional, ya que la Constitución también transforma el sistema democrático (Álvarez Conde, 2003, p. 152). Los cambios sociales, por tanto, implican reflexiones en el ámbito del derecho.

En los últimos años, hemos asistido a cómo los ciudadanos perjudicados por la persecución de hechos ocurridos en el pasado y divulgados vía Internet, se han dirigido a las autoridades que tienen competencia en materia de protección de datos.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho, las autoridades que tienen competencia para conocer acerca de la materia relativa a la protección de datos, han protagonizado un papel muy importante a favor de la afirmación positiva del derecho al olvido. La AEPD ha dicho en multitud de veces, que ningún individuo que no esté siendo objeto de un hecho con una relevancia pública notoria, tiene que aguantar que sus datos personales sean difundidos en la Red sin poder hacer nada.²⁵ Más concretamente, ha extendido el derecho al olvido digital, razonando que los individuos pueden ejercitar el derecho de cancelación sobre los datos personales que Internet mantiene cuando estos datos no estén almacenados en una fuente para la que sea fácil acceder por parte del público, ni que además haya una finalidad legítima que proteja la publicación.²⁶ De otro lado, se reconoce además, la existencia de un derecho de oposición frente al uso que se hace por parte de los buscadores de Internet de los datos personales, por tanto, además de la cancelación, se exige al buscador que encuentre medios para que dicha información no reaparezca en otro momento posterior.²⁷ Para comprender los argumentos que han dirigido a la AEPD a reconocer de manera informal estas dos manifestaciones del derecho al olvido, resulta

²⁵ Álvarez Conde, Enrique (2003). *Curso de derecho constitucional: el Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*, vol. I. Madrid: Tecnos.

²⁶ Carrillo, Marc (2009). "El derecho al olvido en Internet". *El País* (23 oct. 2009). <<http://bit.ly/2srRjO>>. [Consulta: 16/04/2017].

²⁷ Cotino Hueso, Lorenzo (2010). "Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (art. 3 de la LOPD)". En: Troncoso Reigada, Antonio (dir.). *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos personales*. Navarra: Civitas, p. 289–315.

imprescindible el análisis de los dos principios del tratamiento legítimo de los datos personales.

En primer lugar, el principio del consentimiento del afectado, exige que todo tratamiento de datos de carácter personal sea realizado con un consentimiento previo del afectado. Concretamente, la Ley orgánica de protección de datos, en los apartados primero y tercero del artículo 6, establece:

"que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa" y que "el consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos".

El principio del consentimiento del afectado, a efectos del derecho al olvido, es aplicable en un supuesto doble. Por una parte, cuando prestamos nuestro consentimiento o publicamos nosotros mismos la información, podremos revocar nuestro consentimiento otorgado con anterioridad, y podremos reclamar que aquello que con anterioridad fue permitido, desaparezca. Esta puntualización es útil especialmente cuando hablamos del uso de las redes sociales, en las cuales una revocación del consentimiento que otorgamos, debería traer como consecuencia el consiguiente borrado de la información personal. Por otro parte, el ciudadano puede oponerse a la información que tenga datos personales suyos y que hayan sido publicados por otros individuos sin haber otorgado su consentimiento, con la excepción de que la divulgación de dicha información se encuentre dentro del ejercicio del derecho de libertad de información.

Existe también un tercer supuesto donde el otorgar el consentimiento resulta indiferente o simplemente resulta innecesario. Esto tiene lugar cuando hablamos de datos personales que se encuentran recogidos en fuentes con un carácter público, como son por ejemplo, boletines oficiales (artículo 11.2.b), de la LOPD).

En segundo lugar, el principio de finalidad podría constituir una base importante para el derecho al olvido, al decir que los datos de carácter personal serán suprimidos una vez que estos hayan dejado de tener utilidad y ya no tengan esa finalidad con la que estos fueron registrados. En concreto, el artículo 4.5 de la LOPD establece:

"que los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la

identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados".

Este principio fue recogido por primera vez en el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, que España ratificó el 27 de enero de 1984.

El derecho al olvido actuaría como un instrumento que perseguiría el que se cumpla el principio de finalidad, según el cual se exige que los datos personales sólo puedan ser utilizados para aquella finalidad precisa para la cual fueron recogidas, y cuando ya no sean necesarios a tal efecto, se produciría su correspondiente cancelación.

4. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

4.1 LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EL TEDH

El buscador Google, advierte que la idea de que una autoridad administrativa consistente en dirigirse al buscador de internet en cada caso, para obligar a la retirada de sus índices de una información de carácter personal, resultará ineficaz sí, con anterioridad, el webmaster que publicó la información que pretendemos eliminar, no la ha suprimido ni tampoco ha introducido herramientas técnicas, que dificulten su indexación²⁸.

Google argumenta la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, como un principio fundamental del Derecho Comunitario: *<<En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados>>* (art. 5.4 TUE), para enjuiciar las resoluciones de la AEPD de conformidad con la legislación y la jurisprudencia europea, y las libertades de expresión e información (arts. 11 y 16 CDFUE).

Google niega a la AEPD la habilitación en el ordenamiento jurídico español para resolver el derecho de oposición, el cual obliga al buscador Google, a retirar la información de su buscador mediante una ponderación de diferentes derechos fundamentales en conflicto: la privacidad y la dignidad del demandante, el derecho a la libertad de información y de comunicación de quien ha publicado la información, y de aquellos terceros usuarios que podrían acceder a dicha información, y la libertad de empresa del buscador.

²⁸ Según la RAE, indexar es: *registrar ordenadamente datos e informaciones, para elaborar su índice.*

No obstante, Google afirma que la jurisprudencia europea más reciente, obliga a los tribunales nacionales de cada estado, a realizar una ponderación entre estos derechos que están en conflicto, entendiendo que el Derecho comunitario exige a los Estados miembros, que cuando adapten su ordenamiento jurídico interno a las Directivas sobre protección de datos, intenten tener como base una interpretación de las Directivas que asegure un equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario.

En concreto, el TJUE ha especificado lo siguiente:

“las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en particular, un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los PAI (proveedores de acceso a Internet), en virtud del art. 16 de la Carta”²⁹.

El principio de proporcionalidad, se encuentra recogido en la resolución de diversas y diferentes cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE. Su resolución ha requerido la necesaria ponderación entre los medios utilizados, y aquellos fines a alcanzar para proteger los derechos fundamentales que, en ningún supuesto, son de carácter absoluto como lo reitera el TJUE en relación al derecho a la protección de datos.

El TJUE en su sentencia de 13 de mayo de 2014³⁰, resuelve el tema en referencia a la interpretación del Derecho al Olvido.

Con la sentencia antes mencionada, el TJUE apoya y afirma los argumentos de la AEPD y considera que el buscador Google utiliza de una forma constante información de carácter personal, que recoge, procesa y almacena de los diferentes sitios web enlazados en él.

Por tanto, todas las personas en un futuro tendrán el derecho a pedir al buscador de Internet, la eliminación de las referencias personales que puedan afectarles, aunque la información no haya sido suprimida por parte del creador de los contenidos, ni se haya solicitado su correspondiente *desindexación (eliminación del enlace del buscador)*.

La consecuencia más importante de esta sentencia, es que se reconoce la existencia al llamado Derecho al Olvido. A partir de esta sentencia, se podrá solicitar a Google directamente el borrado de los datos de carácter

²⁹ STJUE, de 24 de noviembre de 2011, Caso SABAM, C-70/2010.

³⁰ ECLI:EU:C:2014:317, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014

personal que aparecen en el buscador almacenados, y el buscador Google tendrá la obligación de hacerlo. Además, se podrá acudir la Tutela de la AEPD o de los Tribunales, si surgiera conflicto.

Pero, como si de otro cualquier derecho fundamental se tratase, existe un límite. Se deberá ponderar en cada caso, la supremacía del Derecho a la Protección de Datos o del Derecho a la Información.

La Sentencia del TJUE, además, concreta que el derecho a la protección de datos de carácter personal prevalecerá, normalmente, sobre el interés económico que pudiese tener el buscador o cualquier tercero, salvo que dicha información sea de interés o relevancia pública, la cual permita justificar su difusión.

Sin embargo, el hecho de solicitar eliminar los datos ante un buscador, como por ejemplo Google, no supone la eliminación de los documentos o hemerotecas digitales, de las cuales proviene dicha información, que se mantendrá inalterada, salvo que se solicite expresamente a los editores de la información la retirada de los contenidos.

Para finalizar el ámbito comunitario, tenemos que hablar de una reciente sentencia del TJUE, sentencia de 9 de marzo de 2017, en el asunto C-398/15, por una petición prejudicial sobre un caso que enfrenta por una parte a la Cámara de Comercio de Lecce, y por otra al administrador único de una sociedad que aparece registrada en su base de datos como una sociedad concursada y posteriormente liquidada. Este último, considera que este registro está perjudicándole en su negocio actual, la venta de inmuebles de un complejo urbanístico y consigue que se anonimicen.

El tribunal que conoce del litigio, pregunta al tribunal europeo si, conforme a la Directiva 95/46/CE, las personas físicas pueden ejercitar su derecho al olvido en estos casos, y obtener así una sentencia mediante la cual se borren o se limite el acceso a datos personales, como en este caso la sociedad liquidada, que puedan afectar a su reputación como empresario.

El TJUE, basándose en el principio de seguridad jurídica, dice que los Estados no pueden asegurar a los individuos cuyos datos personales están recogidos en el registro de sociedades, ese derecho a obtener la eliminación de los datos de carácter personal referentes a ellos.

A raíz de esta sentencia, el buscador Google habilitó una página web en la que los interesados en ejercitar su derecho al olvido, pueden solicitar la retirada de contenido que pudiera afectar a su privacidad. El buscador revisa de manera manual cada petición caso por caso. A la hora de retirar

un resultado de su buscador, el buscador Google tiene en cuenta cómo puede afectar esta eliminación al derecho a la información. Otro criterio a tener en cuenta, es el carácter de persona pública o no del interesado. El ejemplo típico es el del español Mario Costeja. Mario Costeja consiguió que se le reconociera su derecho al olvido. Su caso trataba de la subasta de un inmueble por impago de 1998 y la deuda ya estaba saldada.

4.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ESPAÑA

4.2.1 LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: “HABEAS DATA”

Dentro del ámbito nacional, la Resolución de la AEPD dictada el 29 de agosto de 2012, en la cual se analizaba una reclamación de un ciudadano contra la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de sus datos en relación con la concesión de un indulto, la cual fue finalmente rechazada por la Agencia, y cuya argumentación resulta muy interesante incluir en nuestro estudio³¹.

La AEPD termina diciendo que:

*“si bien el ciudadano no puede oponerse al mantenimiento en el BOE de sus datos de carácter personal, al resultar éste perfectamente legítimo por encontrarse amparado en la Ley que ordena la publicación de los Reales Decretos de indulto, sí puede sin embargo el ciudadano oponerse a que sus datos personales sean objeto de tratamiento previendo su posible captación por los buscadores de Internet o dicho de otra forma, obstaculizando una cesión para el tratamiento por los mismos por los responsables de dichos motores de búsqueda”.*³²

Para finalizar sobre la AEPD, los ciudadanos recurren a ella para que garantice su derecho al olvido cuando, ya habiéndose dirigido al buscador, el buscador no nos haya hecho ningún caso, o habiéndonos contestado, entendemos que no es la correcta.

Habeas Data

La acción de habeas data, se define como aquel derecho que tiene todo individuo a solicitar a los tribunales de justicia la exhibición de los registros (de carácter público o privado) en el cual este incluido algún dato personal, o pertenecientes a su familia, para comprobar su veracidad; en

³¹ Resolución nº R/02037/2012. Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-01018-2012_Resolucion-de-fecha-29-08-2012_Artii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf.

³² Vid. ORZA LINARES, R. M., “El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal”, cit.,pp. 484-485

caso contrario, se puede pedir la rectificación, o la supresión de estos datos. Es por tanto, un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona ante la acumulación y procesamiento informático de sus datos de carácter personal.

El Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel importante en la tutela de los derechos humanos en general, y en particular, del derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de los datos personales, al resolver recursos interpuestos ante el poder judicial, por la vía del art. 53.2 de la Constitución Española.

Posiblemente, por la influencia del art. 18 de la CE, la primera etapa en la jurisprudencia del TC se ocupó de poner límites a la informática, para salvaguardar la intimidad personal y familiar. Su primer pronunciamiento referente a esto, fue la Sentencia 254/1993, y a partir de esta, una serie de sentencias posteriores confirmaron esta doctrina.

El 30 de noviembre del 2000, el TC marcó un punto de inflexión en su jurisprudencia con las sentencias 290 y 292/2000 (nombradas ya con anterioridad), que al ampliar su tutela a la libertad informática, son para la doctrina la referencia al derecho a la autodeterminación informativa, y a su definición.³³

La influencia del Tribunal Constitucional, no sólo afectó a la jurisprudencia y a la doctrina española, sino que también tuvo relevancia en la legislación, ya que se eliminó la mención que hacía la LORTAD³⁴ sobre los datos automatizados para extenderse en la LOPD a todo tipo de datos susceptibles de tratamiento, sin hacer una distinción sobre el soporte físico en el que se encuentren recogidos.

Sentencia 254/1993 de 20 de julio

La sentencia 254/1993, el TC tuvo que ocuparse de examinar la constitucionalidad de la denegación presunta por parte del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministerio del Interior, a la solicitud del actor relativa a la comunicación de la información sobre sus datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado.

³³ Denominamos autodeterminación informativa a la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente los almacenados mediante medios informáticos.

³⁴ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. (Vigente hasta el 14 de enero de 2000).

El TC acoge los argumentos de ambas partes del proceso, y desecha, los mantenidos por el Abogado del Estado. De este modo valora de manera negativa la posible agresividad que los avances tecnológicos producen sobre los derechos más elementales del individuo, fruto de haber usado indebidamente los bancos de datos, hasta el punto de irradiar el valor del derecho recogido en el artículo 18.4 CE, más allá de la garantía que ejerce sobre el derecho al honor y a la intimidad.

Dentro de la sentencia, en el fundamento jurídico 6º, el Tribunal Constitucional expone que la adecuación de una norma legal, a lo establecido por un tratado internacional, es una cuestión que resulta indiferente para poder proteger los derechos fundamentales recogidos en el art. 53.2 C.E, que es el fin al que sirve el Tribunal Constitucional en el ámbito del recurso de amparo.

En este sentido, el TC dice que los tratados internacionales que han sido ratificados por España, pueden tener algunos efectos en relación con los derechos fundamentales, ya que pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la propia Constitución.

Es necesario hacer una contextualización del problema al que se enfrenta en 1990 el Tribunal Constitucional, momento de los hechos que dan lugar a la interposición de la demanda, en España había una ausencia de desarrollo por parte del legislador, acerca del derecho a la protección de datos. No obstante, el TC entiende que ante la laguna legislativa, no pueden permitirse las consecuencias desmesuradas que argumenta el Abogado del Estado. Si nos encontramos con que un derecho necesita de un desarrollo legislativo para lograr operatividad, desarrollo y plena eficacia, la jurisprudencia ya había negado que el reconocimiento por parte de la Constitución, tenga la consecuencia de establecer un mandato dirigido al poder legislativo. Es decir, el TC niega que los derechos recogidos en la Constitución sólo sean exigibles después que el legislador los haya desarrollado.

Cabe destacar el voto particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en la sentencia TC 290/2000, ya que, aun cuando el ponente de la sentencia haya sido el Magistrado González Campo, el voto particular de su par Jiménez de Parga y Cabrera fue el más sustancioso en lo que hace a la doctrina del derecho a la protección de datos de carácter personal.

La STC 290/2000 dice que el art. 18.4 de la Constitución Española, es reforzado por el TC como un instrumento de garantía de otros derechos,

relacionados fundamentalmente con la intimidad y el honor, pero que además se manifiesta como un derecho fundamental frente a las agresiones que el uso descontrolado de las tecnologías causa sobre la dignidad y la libertad del individuo.

Cuando el fallo interpreta que la libertad informática constituye el derecho a controlar el uso de los datos referentes a la persona insertos en un programa informático, se interna en el terreno del *habeas data*, y comprende, entre varios aspectos, el derecho a consentir la recolección de datos y su tratamiento.

Ahora bien, es cierto que este derecho es reconocido desde la STC 254/1993, junto a su vinculación con la intimidad del individuo, ha sido modificado en los posteriores pronunciamientos jurisprudenciales, hasta llegar a un nuevo estándar jurisprudencial con la sentencia 290/2000. En el voto particular antes mencionado, los argumentos doctrinales desarrollados en este voto particular, ayudaron a fortalecer el derecho a la libertad informática como un concepto autónomo que se articula como un nuevo derecho fundamental, cuya protección no estaba recogida en el texto de la Constitución Española de 1978.

En la doctrina española, existen posturas contrarias a la del voto particular del Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera pronunciado en la STC 290/2000. La doctrina contraria a este voto particular, niega la existencia de un *numerus apertus* de derechos fundamentales. Es verdad que el control del tráfico de los datos personales cobra relevancia en el marco de las nuevas tecnologías, la autodeterminación informativa extiende su protección a los datos personales registrados en cualquier tipo de soporte físico, sea cual fuese la manera en cómo se ha creado, almacenado y organizado. Esto trae como consecuencia, que la mayoría de la doctrina entienda que la autodeterminación informativa no puede limitarse solo al uso de las nuevas tecnologías, aun cuando estamos de acuerdo en que su limitación es esencial en el ejercicio de este derecho.

Importancia de la STC 292/2000

La STC 292/2000, establece un cambio muy importante para el derecho a la protección de los datos de carácter personal, desde el instante en que el Tribunal Constitucional le otorga a este instituto, la consideración de un derecho fundamental autónomo. Después de esto, tendrá lugar la firma de la Carta de los Derechos Fundamentales aprobada como Declaración de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión

Europea, celebrada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y actualmente integrada dentro del Tratado de Lisboa, hoy en vigor.

La relevancia de la STC 292/2000, es la incorporación de un nuevo derecho fundamental en España, y su influencia en toda Europa y en el mundo globalizado. Gracias a este nuevo derecho fundamental, cualquier individuo puede decidir sobre sus propios datos personales. El pronunciamiento del propio tribunal constitucional, es innovador e influyente, ya que separa el derecho a la intimidad de la protección de los datos de carácter personal, a la cual entiende como un derecho distinto.

En referencia a la naturaleza del consentimiento dado por el afectado para el uso de sus datos personales, el tribunal entendió que la LOPD, al exigir que en determinados casos, y por razón de tratarse de datos muy importantes protegidos, el titular del dato personal, debe manifestar su consentimiento de manera expresa (art.7.3) y escrita (art.7.2). De esta manera se está admitiendo que en los demás supuestos, pueda otorgarse de una manera tácita.

El Tribunal Constitucional en esta Sentencia extiende este derecho fundamental a todos los datos personales, sean públicos o privados. Es decir que, al extender la tutela sobre todos los datos personales, está recogiendo a los datos que puedan permitir la identificación del individuo, y que puedan configurar su perfil ideológico, racial, sexual o económico.

De esta manera, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, se centra en poder disponer y controlar los datos personales, que permite a la persona decidir cuáles de sus datos va proporcionar a un tercero y cuáles no, sea la Administración o un particular.

Es necesario reafirmar que configurado así este nuevo derecho fundamental, necesita como complementos imprescindibles, el poder de saber en cualquier momento quién dispone de esos datos personales y qué uso les está dando, así como poder oponerse a esta posesión. Como consecuencia, cualquier actuación que consista en el desposeimiento de la privacidad de la persona de las facultades de disposición y control sobre sus datos personales, constituirá un ataque y una lesión de su derecho fundamental a la protección de datos personales.

De esta forma, el TC reconoce la existencia de un derecho autónomo, relativo al habeas data, en el que se recogen las facultades de control de los afectados, en torno a la información y al consentimiento, en la recogida y

cesión de datos de carácter personal, así como a las posibilidades de acceder, rectificar o cancelar estos.

4.2.2 SENTENCIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA: EL TRIBUNAL SUPREMO

Llegamos a donde más jurisprudencia a nivel nacional tenemos, el Tribunal Supremo (TS). El Pleno de la Sala de lo Civil del TS dictó una resolución con fecha de 15 de octubre de 2015 (sentencia número 545/2015), en la que se pronuncia por primera vez sobre el derecho al olvido.

Según el TS, la vinculación entre los datos personales de un individuo y una información lesiva para su honor o intimidad en una consulta en la Red, va perdiendo su posible argumentación a medida que el tiempo transcurre, si las personas implicadas carecen de una relevancia pública y los hechos que se vinculan a esta persona, carecen de un interés histórico. Debido a esto, el derecho a la protección de datos personales justifica que a petición de los afectados, los responsables de las hemerotecas digitales tengan que adoptar una serie de medidas tecnológicas para impedir que en sus páginas web, la información obsoleta y perjudicial pueda ser indexada por los buscadores de Internet.

No obstante, el TS rechaza la posibilidad de eliminar los nombres y los apellidos de la información que se encuentra almacenada en la hemeroteca, o que los datos de carácter personal que se encuentran en la información no puedan ser indexados por el buscador interno de la hemeroteca.

La sentencia del TS, tras entender que la acción ejercitada no había caducado, y tras considerar que el editor de una página web en la cual se incluyen datos de carácter personal, es responsable de que el tratamiento de estos datos personales, respete las exigencias que proceden del principio de calidad de los datos, realizando la ponderación entre el ejercicio de la libertad de información que suponen las hemerotecas digitales, y los derechos al honor, intimidad y la protección de datos personales de las personas afectadas por las informaciones que se contienen en estas hemerotecas digitales.

De esta manera, el TS entiende que es necesario ponderar la potencialidad ofensiva que puedan tener para los derechos de la personalidad la información publicada, y el interés público en que esa información aparezca relacionada con los datos personales del afectado.

Para finalizar, la sentencia del TS entiende que el bautizado como derecho al olvido, no justifica que cada individuo se haga un pasado a su medida, limitando la difusión de cualquier información sobre hechos ocurridos que no se considere beneficiosos para él, no sirve de excusa para que aquellos ciudadanos que se exponen públicamente, puedan exigir que se haga un pasado a su medida.

5. RESPUESTAS JURÍDICAS APLICABLES

La normativa española recoge que para poder ejercer el derecho al olvido, es necesario que el ciudadano contacte, en primer lugar, con la entidad que está usando sus datos personales. Los buscadores más famosos, como Google o Bing, han habilitado unos formularios propios, para poder recibir las peticiones para poder ejercitar derechos en este ámbito. Si el buscador no responde a la petición formulada o el individuo entiende que la respuesta dada por el buscador no es del todo correcta para la pretensión del ciudadano, puede dirigirse a la AEPD. En función de las circunstancias de cada caso, la AEPD determinará si estima o no esta petición. Esta decisión de la Agencia, se puede recurrir ante los órganos judiciales.

Cabe preguntarnos, si podemos ejercer nuestro derecho al olvido, frente al buscador de Internet sin haber acudido con anterioridad a la fuente original de la información. La respuesta a este interrogante es claro, sí. Esto se debe a que los buscadores y los editores originales de la información, realizan dos tratamientos de los datos muy diferenciados, con unas legitimaciones diferentes y, además con una repercusión distinta en la privacidad de los individuos. Por esto puede ocurrir, que no tenga lugar la concesión del derecho al olvido frente al editor, y sí frente al buscador, ya que la difusión de carácter universal realizada por el buscador, puede repercutir de una manera desproporcionada sobre la privacidad del individuo.

No obstante, si ejercemos nuestro derecho al olvido frente al buscador de Internet, la información no desaparece de internet. La STJUE de 13 de mayo de 2014 enunciada con anterioridad en este trabajo, afirma “*que el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición realizado frente a los buscadores de Internet*”, sólo afecta a aquellos resultados obtenidos en las búsquedas realizadas mediante el nombre del individuo y ello no tiene que traer como consecuencia que la página deba ser eliminada de los índices del buscador de Internet, ni de la fuente original.

El TS, el 13 de Junio de 2016, concretamente la Sala de lo Contencioso- Administrativo, en la Sentencia N° 1384/2016 (Rec.

810/2015), determino que el encargado del tratamiento de datos personales que se almacenan en el motor de búsqueda Google, empresa con sede en EEUU. Además, esta Sentencia declara la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada por el Director de la AEPD, debido a la falta de legitimación pasiva de la entidad Google Spain, en el procedimiento administrativo. Esta decisión confirmaba el criterio establecido en marzo de 2016 por la misma Sala en diversas sentencias³⁵.

No obstante, en abril de 2016, la Sala de lo Civil del TS había establecido ya que la sociedad responsable del tratamiento de datos personales era Google Spain SL, siendo esta entidad jurídicamente independiente de su matriz, Google Inc. (situada en EEUU)³⁶.

Para conocer al encargado del tratamiento de los datos personales, ambas Salas tomaron como base las disposiciones recogidas en la Directiva 95/46/CE y el Dictamen 1/2010 de Grupo de Trabajo 29, así como en la Sentencia de 13 de mayo de 2014.

De la citada sentencia anteriormente y ya comentada en capítulos anteriores, resulta necesario resaltar este párrafo, que será clave a la hora de delimitar a los distintos responsables:

“(...)procede considerar que el tratamiento de datos personales realizados en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa en el marco de las actividades de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor.”

La Sala de lo Civil del TS, entiende que en el marco de las actividades desarrolladas por Google España, se contiene el uso de los datos de carácter personal. Es por esto que se realiza una lectura del concepto de responsable de tratamiento de los datos en sentido amplio, y se hace responsable a Google España.

Es por ello, que en las sentencias de la Sala de lo Contencioso–Administrativo se están resolviendo litigios con relación a resoluciones dictadas en un procedimiento administrativo seguido ante la AEPD, mientras que el procedimiento que se sigue ante la Sala de lo Civil del TS, tiene un objeto diferentes, siendo este la protección de los derechos

³⁵ Entre otras, Sentencia N° 574/2016 Rec. 1380/2015

³⁶ Sentencia N° 210/2016 Rec. 3269/2014

fundamentales del demandante, en concreto los derechos al honor, a la intimidad (Art. 18.1 CE) y a la protección frente al tratamiento automatizado de sus datos personales (Art. 18.4 CE).

Dicho lo anterior, ¿cómo hacemos para iniciar el procedimiento del ejercicio del derecho al olvido? Tenemos varias opciones:

En primer lugar, podemos pedir la supresión de la información en cuestión al buscador. Para borrar nuestros datos personales de Internet, podemos dirigirnos directamente al buscador (Google, Bing, Yahoo, etc...) que tenga indexada la información que deseamos borrar y solicitárselo. Un ejemplo, es el buscador Google, el cual ha puesto a disposición del usuario un formulario para ello.

En segundo lugar, podemos solicitar la eliminación de la información a la fuente de información. Hasta el 13 de mayo de 2014, los individuos que querían que sus datos personales fuesen eliminados de Internet, debían de dirigirse a la fuente de la información que hubiese publicado los datos que querían eliminar. Tras la sentencia ya reiterada con anterioridad, el proceso ha cambiado, y podemos dirigirnos al buscador.

Sin embargo, los individuos que lo deseen, pueden realizar el ejercicio de su derecho al olvido ante las fuentes de la información. La solicitud deberá de dirigirse a la fuente responsable de la información de manera escrita, acompañando con fotocopia del Documento Nacional de Identidad (DNI) o un documento identificativo, y debe identificarse con claridad cuál es la información que se quiere que desaparezca.

Cuando ya hayamos ejercitado nuestro derecho al olvido, tanto el buscador de Internet, como las fuentes de información, tienen un plazo tope de diez días para contestar a esa solicitud. En el supuesto de que no obtengamos esa respuesta, o la contestación sea denegatoria, podemos presentar una reclamación para tutelar nuestros derechos ante la AEPD, siendo este un trámite totalmente gratuito, o acudir a los órganos judiciales en defensa de nuestros derechos, siendo este un trámite más dilatado en el tiempo y más costoso.

En tercer y último lugar, podemos reclamar la tutela de nuestros derechos ante la AEPD.

Esta reclamación es como una denuncia en la que estamos obligados a identificarnos y a identificar a los infractores de nuestro derecho, y a dicha reclamación deberá acompañarle toda la documentación de la que dispongamos en relación con la información que queremos eliminar, las

solicitudes que hemos presentado con anterioridad ante los buscadores, y las respuestas, en el caso de que hubiéramos tenido alguna.

Una vez se haya recibido la reclamación, la AEPD se dirigirá contra el infractor de nuestros derechos, solicitándole la cancelación de los datos de carácter personal solicitados por el individuo y sancionándolo económicamente por la comisión de las infracciones de la normativa estatal de protección de datos, siempre que proceda la cancelación de nuestros datos personales.

También obtenemos respuestas jurídicas desde el ámbito comunitario. El Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), publicó el Reglamento 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), mencionada a lo largo de este trabajo.

Junto a este reglamento, también ha sido publicada la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Esta versa sobre la protección de las personas físicas en lo referente al tratamiento de los datos de carácter personal, por parte de las autoridades competentes para los fines de prevención, investigación, y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

Dichas normas forman el nuevo marco jurídico europeo de protección de datos. Este reglamento recoge en su artículo 17, el derecho al olvido, en la misma configuración jurídica y con los mismos límites ya explicados con anterioridad en este trabajo.

CONCLUSIONES

En los últimos años, hemos asistido a cómo los ciudadanos perjudicados por la persecución de hechos ocurridos en el pasado y divulgados vía Internet, se han dirigido a las autoridades con competencia en materia de protección de datos, para ejercitar su derecho al olvido, o el derecho de cancelación de sus datos de carácter personal.

El problema que gira en torno a la existencia de un derecho al olvido nace estrictamente vinculado a un hecho social, y surge en la opinión pública como un problema esencialmente jurídico.

Tras la realización de este trabajo, hemos analizado diferentes cuestiones acerca del derecho al olvido digital.

Su naturaleza jurídica o su relación con otros derechos fundamentales, así como su encuadramiento y problemática constitucional, nos ayudan a entender por qué nos encontramos ante un derecho nuevo, el cual nos puede ayudar en el mundo de las nuevas tecnologías ayudándonos a proteger nuestro derecho a la intimidad o a la propia imagen.

Además, hemos revisado como podemos ejercitar este derecho ante los tribunales, o ante la AEPD, fruto de la jurisprudencia tanto a nivel comunitario, con la sentencia de 2014 del TJUE, o la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En una democracia, la ciudadanía tiene el derecho a conocer sin ninguna limitación todos los asuntos que tengan una relevancia sobre el actuar de los poderes públicos. Para esto, las normas establecen un principio de transparencia en la actuación pública y en las libertades de información y de expresión, así como unas excepciones y límites que tienen tales libertades. Parece necesario pues, que nadie pueda impedir a los ciudadanos el acceso a la información, sea de carácter público o privado. Es aquí, donde el derecho al olvido debe operar, ayudando a crear un mundo virtual decente y honrado, en el que la libertad de información y expresión, se vea limitada por la publicación de información veraz sobre los datos de carácter personal publicados.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO ZAMORA, Miguel. Manual de Derecho Constitucional, Ed. Tecnos, (4º Edición), Madrid, 2013.

ALBO PORTERO, C., “Las redes sociales y la web 2.0. Fuentes de creación de perfiles personales suplantación e identidad, reputación online y protección de datos personales” en *Luces y Sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*. Tomo II. Ed. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010, pág. 582 y ss.

MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas lícitas en la red*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002. Pág., 31 y ss.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2003). *Curso de derecho constitucional: el Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*, vol. I. Madrid: Tecnos.

- ÁLVAREZ CARO, María; “*Derecho al Olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*”, Editorial Reus, Madrid, 2015.
- AZURMENDI, A., “Derecho de autodeterminación informativa y el derecho al olvido: La generación Google del derecho a la vida privada”, cit., pp. 213 y ss.
- BACARIA, J.: “El derecho al olvido digital: la eliminación de datos personales de Internet”, *Economist & Jurist*, Vol. 20, nº158, 2012, págs. 12 a 20.
- BALLESTEROS MOFFA, L.A., 2005, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 34-37
- COTINO HUESO, Lorenzo (2010). "Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (art. 3 de la LOPD)". En: Troncoso Reigada, Antonio (dir.). *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos personales*. Navarra: Civitas, p. 289–315.
- CARRILLO, Marc (2009). "El derecho al olvido en Internet". *El País* (23 oct. 2009). <<http://bit.ly/2srRjO>>. Consulta realizada el 16/04/2017.
- FRIED, Ch., "Privacy", en *Yale Law Journal*, vol. 77, 1967-1968, págs.475-493
- GUICHOT, E. *Datos personales y administración pública*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2005. Pág.61, LESMES SERRANO, C. en *La ley de protección de datos de carácter personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007. Pág. 49.
- ORZA LINARES, R. M., “El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal”, cit.,pp. 484-485.
- SALDAÑA, M.N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los EEUU”, en *Araucaria*, vol.9, núm. 18, págs. 85-115, 2007, pág. 98.
- SALTOR, Carlos Eduardo; “La Protección de Datos Personales: Estudio Comparativo Europa-América con especial análisis de la situación Argentina”, Madrid, 2013.
- SOLOVE, D. J.: *The Future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet*, New Haven and London, Yale University Press, 2007.

PIERINI, A., Lorences, V.m Tornabene, M.I., 1999, *Hábeas data*, op. cit.
143.