

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA GARANTÍA DEL DERECHO AL OLVIDO: PROTECCIÓN
DE DATOS, RETOS FUTUROS Y PROPUESTAS DE
REGULACIÓN DE SITUACIONES DE VULNERABILIDAD
EN LA UNIÓN EUROPEA



Presentada por:

Mónica Martínez López-Sáez

Dirigida por:

Prof. Dr. Dr. h.c. Luis Jimena Quesada

*Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la
Administración*

Programa de Doctorado:

Derecho, Ciencia Política y Criminología

-Mención internacional/europea-

Valencia, julio 2020

La presente tesis doctoral se ha realizado en el marco de las ayudas pre-doctorales para la formación del profesorado universitario (FPU) que otorgó el entonces denominado Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte. También se ha realizado en el marco de las siguientes redes, grupos y proyectos de investigación: Red de Excelencia en Justicia Constitucional y Diálogo Judicial (DER2016-81801-REDT), Grupo de Investigación *Derechos Humanos y Carta Social Europea*-CSE (GIUV2013-148), Grupo de Investigación en *BioDerecho*-INTERBIDE (GIUV2016-325) y Proyecto del Ministerio que lleva por título “La implementación del RGPD en España: El impacto de las cláusulas abiertas en la nueva LOPD, en su normativa de desarrollo y en la legislación sectorial” (RTI2018-095367-B-I00).

Tres estancias de investigación han sido esenciales para la elaboración de esta tesis doctoral. En primer lugar, una de 3 meses en el Instituto Europeo de la *London School of Economics and Political Science* (de julio a octubre de 2016), en la que se estudiaron desde los aspectos económicos y técnicos de la transformación digital, hasta cuestiones político-jurídicas, como la privacidad de los menores y la protección de datos desde una perspectiva internacional; todo ello mediante un enfoque multijurisdiccional y multidisciplinario. Esta estancia fue posible gracias a la concesión del Premio Fundación Cañada Blanch-London School School of Economics, en su edición 2015. En segundo lugar, otra de tres meses en el *European University Institute* de Florencia (de octubre 2017 a enero de 2018), en la que se indagó en el fenómeno de la *constitucionalización* de Europa y se estudió el régimen de protección de datos europeo ante su entonces inminente aplicabilidad. En tercer lugar, con el fin de estudiar a fondo el elemento de comparación jurídica con el sistema *common law* de la privacidad estadounidense, disfruté de una estancia de investigación en *Golden Gate University School of Law*, San Francisco (de julio a octubre de 2018). Esta última estancia fue subvencionada por el programa de ayudas complementarias predoctorales a la movilidad para la realización de estancias breves del MECD.



“We often talk about the globalisation of our world, referring to our world as a global village. Too often those descriptions refer solely to the free movement of goods and capital across the traditional barriers of national boundaries. Not often enough do we emphasise the globalisation of responsibility. In this world where modern information and communications technology has put all of us in easy reach of one another, we do again share the responsibility for being the proverbial keeper of our brother or sister. Where globalisation means, as it so often does, that the rich and powerful now have new means to further enrich and empower themselves at the cost of the poorer and weaker, we have a responsibility to protest in the name of universal freedom. Globalisation opens up the marvellous opportunities for human beings across the globe to share with one another, and to share with greater equity in the advances of science, technology and industries. To allow it to have the opposite effect is to threaten freedom in the longer term”

- Nelson Mandela (2000)

“Nada de lo que sucede se olvida. Incluso si ya no lo recuerdas”
-El viaje de Chihiro (2001)

“You may not control all the events that happen to you, but you can decide not to be reduced by them”

-Maya Angelou (2008)

“Liberarse de la opresión de los recuerdos, de un pasado que sigue hipotecando pesadamente el presente, es como llegar a la meta de la libertad. El derecho al olvido se presenta como derecho a gobernar la propia memoria para restituir a cada uno la posibilidad de reinventarse, de construir personalidades e identidades liberadas de la tiranía donde una memoria omnipresente y total quiere encerrarnos a todos”

- Stefano Rodotà (2014)

AGRADECIMIENTOS

Me atrevería a decir que ningún trabajo científico es solo fruto del esfuerzo de su autor/a. También afirmarí­a que nuestros éxitos rara vez vienen solos, pues se ven inspirados y moldeados por elementos tanto intrínsecos como extrínsecos; la comunidad que nos rodea es decisiva, y en el mundo académico, en general, y en el contexto de una tesis doctoral, en particular, ello es incluso más evidente. Y si bien, como enfatizo en este trabajo, la memoria humana está diseñada ingeniosamente con la capacidad de crear y olvidar, en palabras de Maya Angelou, “*la gente olvidará lo que dijiste, la gente olvidará lo que hiciste, pero la gente nunca olvidará cómo les hiciste sentir*”. Las huellas indelebles (para nada digitales) que han dejado un sinfín de personas con las que me he cruzado estos últimos 4 años de Doctorado (y estos últimos 10 años que llevo “opositando” para la carrera académica) han quedado gravadas no sólo en las páginas que prosiguen sino, y sobre todo, como elementos perennes en lo más profundo de mi persona.

Es por ello que quiero agradecer su apoyo a todos aquellos que me han acompañado en mi formación investigadora y en la tarea de llevar a término esta tesis doctoral. Podría ocupar sendas hojas expresando mi agradecimiento a todos aquellos profesores, investigadores, juristas y compañeros de áreas afines que me han moldeado a lo largo de esta etapa, y que, sin duda, han inspirado, alimentado y mejorado, con sus contribuciones y las inacabables conversaciones que hemos mantenido, muchas de las ideas que plasmo en este trabajo, cuya autoría técnica y jurídicamente me pertenece, pero cuya génesis y desarrollo es, como todo en las artes y en las ciencias, producto de diálogos y reflexiones. Nombrarlos a todos parece una tarea sumamente ardua e injusta, pues temo que, con las prisas de depositar a tiempo, se me escaparí­a algú­n que otro nombre. Por esto mismo, gracias a todos los compañeros y compañeras de esta *Casa* (y a los de las demás *Casas* en las que he sido tan calurosamente recibida). No obstante, dada su generosa y constante ayuda, por la confianza que han depositado en mí, por los ánimos y por la integración social y académica que me han brindado, desde los albores de mi carrera investigadora, querrí­a agradecer de manera especial y, como decimos quienes cursamos la educación obligatoria en EE. UU., brindar un *big shout out* a Antonio, Sefa, Charo, Setu, Eric, Patri, a las dos Cármenes (la guardiana de la CSE y la internacionalista), Elena (†), Yolanda, José Manuel, Jaume, Paco y Ana María. Gracias por el apoyo, por los conocimientos que he adquirido y por las anécdotas profesionales y vitales que me habé­is regalado.

No obstante, el agradecimiento más importante en sede académica y personal quiero dirigirlo al director de esta tesis, Luis Jimena Quesada: Maestro desde que tuve el privilegio de beneficiarme de su magisterio, en mi primer año de carrera como profesor de Derecho europeo, y el culpable, desde entonces, del giro copernicano de mi vocación profesional (de la diplomática a la universitaria). A él a quien he admirado desde el punto de vista profesional y todavía más desde el punto de vista humano; con el que he aprendido mucho más de lo que se puede plasmar en cualquier tipo de obra. Muchas gracias por tu tiempo y tu paciencia, por tu dedicación y abnegación, por tu liderazgo y guía, por tu amabilidad y comprensión, por aguantar estoicamente las repetitivas correcciones de esos “gazapos” lingüísticos y los estresantes trámites de última hora, por tus consejos, por tu apoyo y acogida, aquende y allende lo académico. Pero sobre todo, gracias por mostrarme lo más valioso de todo: en lo personal, gracias por desacreditar el mito hobbesiano, enseñándome, con palabras y con actos, lo mejor de la naturaleza humana, y en lo profesional, gracias por enseñarme cual es el epítome del auténtico *Profesor de Universidad*.

Finalmente, quisiera acabar plasmando mi más profunda gratitud a mi Familia; en mayúsculas. A mis padres, mis hermanos y mi abuela, por el apoyo incondicional, por la ayuda informática y de edición, por la tierna presión ejercida para que esta tesis llegara a buen puerto; pero sobre todo, y parafraseando a Dalai Lama, por darme las alas para volar, las raíces para volver y los motivos para quedarme. A Inma, Ana y Pauli, las hermanas que no tuve pero que elegí y me eligieron, por siempre verme con buenos ojos, por ayudarme a creer en mis capacidades y por todo lo que me han enseñado -numerosas reflexiones que he compartido frente a un cortado o una taza de menta poleo con estas maestras vitales se han visto reflejadas a lo largo de esta tesis-. A Tomás, por su pasión por aprender, que ha sido contagiosa, por ser siempre mi animador personal, por sacar lo mejor de mí misma y, sobre todo, en estos cuatro largos (y duros) años de tesis, por sacarme todos los días una sonrisa. A esta Familia, en mayúsculas, le agradezco, con todo mi corazón, que haya sido mi puerto seguro y que haya soportado, fuera con inquieta resignación o con maravillosa acogida, mi vocación académica y la dedicación casi exclusiva (en ocasiones quizás excesiva) a este trabajo.

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
Art.	Artículo
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos
Convenio 108	Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981
Directiva E-Privacy	Directiva de protección de datos y de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas
Directiva Policial	Directiva de protección de datos en materia policial y judicial
EEMM	Estados miembros
EE. UU.	Estados Unidos
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Id.	Idem/Ibidem
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LOPDGDD	Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales
NTIC	Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación
Op.cit.	Opus citatum/ obra citada

RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RIPD	Reglamento Institucional de Protección de Datos
SEPD	Supervisor Europeo de Protección de Datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEPT	Trastornos de estrés postraumático
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

ÍNDICE

PARTE INTRODUCTORIA.....	17
RESUMEN.....	19
ABSTRACT.....	20
RESUM.....	21
I. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO.....	23
I.1 Estado de la cuestión y relevancia del tema.....	23
I.2 Objetivos.....	26
I.3. Metodología y estructura.....	27
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, ACLARACIONES CONCEPTUALES Y REFLEXIONES EN CLAVE TECNOLÓGICA Y JURÍDICO-FILOSÓFICA.....	33
II.1 Nuevo paradigma en el marco de un Derecho constitucional global: la innovación tecnológica, la transformación digital y la Red.....	33
II.2 Consideraciones previas sobre las personas vulnerables y su necesaria protección ante las repercusiones del actual paradigma socio-digital.....	58
II.3 Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al derecho al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales.....	75
PARTE GENERAL.....	101
CAPÍTULO I: LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL COMO PUNTO DE PARTIDA DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL.....	103
1. Surgimiento constitucional y configuración jurídica inicial del derecho fundamental a la protección de datos en Europa.....	103
1.1. La génesis de la europeización del derecho a la protección de los datos personales.....	103
1.1.1. Las vertientes nacionales para su regulación.....	103
1.1.2. La armonización de las regulaciones nacionales.....	107
A. En el contexto internacional.....	107
B. En el seno de la Unión Europea.....	112
2. La <i>constitucionalización</i> del Derecho europeo en materia de protección de datos	134

2.1. Análisis específico de su configuración jurídica en España.....	134
2.2. Praxis consolidada y evolutiva en España: la interpretación judicial, en clave iusfundamental, de la autodeterminación informativa.....	145
3. Definiciones y delimitaciones jurídicas del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y su vinculación con el derecho al olvido digital.....	150
3.1. Una aproximación conceptual al derecho a la protección de datos.....	150
3.2. La naturaleza jurídica del derecho a la protección de datos.....	156
3.2.1 Un derecho personalísimo vinculado a la dignidad humana.....	156
3.2.2. Un derecho fundamental.....	159
3.2.3. Un derecho autónomo.....	163
3.3. Breve referencia a la concreción del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos.....	168
3.4. El derecho fundamental a la protección de datos como punto de partida al derecho al olvido digital.....	172
CAPÍTULO II: PROCESO DE SURGIMIENTO Y RAZÓN DE SER DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN LA UE.....	177
1. Orígenes y primeras manifestaciones del derecho al olvido.....	177
2. Consolidación y positivización del derecho al olvido digital.....	184
2.1. Legislación relevante.....	184
2.2. Jurisprudencia pertinente.....	189
2.2.1. El Asunto <i>Google Spain</i>	191
2.2.2. El Asunto <i>Manni</i>	195
2.2.3. El Asunto <i>Google LLC v. CNIL</i>	198
2.2.4. El asunto <i>GC y Otros</i>	206
3. Significado, alcance y delimitación del derecho al olvido digital.....	211
4. Conciliación del derecho al olvido con las libertades informativas.....	219
4.1. La libertad de expresión.....	222
4.2. El derecho (al acceso) a la información.....	229
CAPÍTULO III: REGULACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	235
1. Consagración y evolución normativa del derecho al olvido: de la visión pionera de la LORTAD a las grandes ilusiones de la LOPDGDD.....	235

2. Definición y naturaleza jurídica del derecho al olvido: ¿historia de dos derechos?.....	241
2.1. Acercamiento doctrinal a un controvertido concepto en evolución.....	241
2.2. Necesaria diferenciación entre derechos al olvido: una propuesta tipológica.....	247
2.2.1. Derecho al olvido como derecho a la supresión en el contexto genérico del almacenamiento.....	249
2.2.2. Derecho al olvido como derecho a la re-contextualización digital vis-à-vis los servicios de la sociedad de información.....	251
3. Contenido y presupuestos para el ejercicio del derecho al olvido.....	252
3.1. El derecho al olvido como derecho y garantía.....	252
3.2. Contenido objetivo y subjetivo.....	256
4. Titularidad y ejercicio.....	259
4.1. Los titulares: la persona física como sujeto del derecho al olvido.....	261
4.2. Los obligados: el responsable del tratamiento como persona física o jurídica asignada a dar efectividad al derecho al olvido.....	264
5. Límites.....	265
6. Garantías jurídicas.....	270
6.1. Garantías nacionales.....	272
6.1.1. Garantías institucionales: la labor pretoriana de la AEPD y el potencial del Defensor del Pueblo.....	272
6.1.2. Garantías jurisdiccionales.....	282
A. La visión inicial de la AN y otras instancias inferiores.....	284
B. Las líneas del TS.....	291
C. Los apuntes recientes del TC.....	302
6.2. Garantías internacionales.....	309
PARTE ESPECIAL.....	313
CAPÍTULO IV: ESTUDIO COMPARADO DE LA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE SOBRE LA REGULACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO AL OLVIDO.....	315
1. La concepción de la privacidad en los Estados Unidos de América.....	318

2. Precedentes jurídicos estadounidenses de un derecho al olvido: ilustraciones iniciales de una autodeterminación y rehabilitación informativas.....	336
3. La controvertida aceptación de un derecho al olvido en el ordenamiento jurídico estadounidense.....	344
3.1. Falta de claridad conceptual y consenso sobre un ‘derecho’ al ‘olvido’.....	345
3.2. El liberalismo americano: la necesidad de una innovación tecnodigital y un mercado libre de injerencias.....	354
3.3. La hegemonía de la libertad de expresión y los miedos a la censura.....	364
3.3.1. El estado de la cuestión en las grandes líneas jurisprudenciales estadounidenses.....	364
3.3.2. Perfiles de la jurisprudencia estadounidense en perspectiva.....	386
4. Los casos prometedores de positivización de un derecho al olvido digital.....	396
4.1. Información personal actualmente protegida.....	402
4.1.1. Datos personales financieros y relativos a la salud.....	402
4.1.2. Datos personales relativos a una detención.....	405
4.2. Información personal proporcionada por el interesado.....	410
4.3. Información personal que lesiona la dignidad, integridad y el libre desarrollo de los colectivos más vulnerables.....	411
4.3.1. Los menores y datos personales tratados cuando la persona es menor de edad.....	412
4.3.2. Los datos personales de las personas transexuales y transgénero...	420
4.3.3. Los datos personales divulgados como acto vengativo.....	426

CAPÍTULO V: LAS GARANTÍAS NORMATIVAS DEL DERECHO AL OLVIDO DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL ATENCIÓN AL RGPD Y NORMAS CONEXAS..... 435

1. Protección específica en la Unión Europea: situaciones subjetivas.....	435
1.1. Claridad conceptual.....	435
1.2. La protección de las personas más vulnerables a través del derecho al olvido: análisis de algunos ejemplos por antonomasia.....	436
1.2.1. Los menores: el derecho al olvido como garantía del libre desarrollo de una personalidad en construcción.....	437

1.2.2. Personas transexuales y transgénero: el derecho al olvido como garantía del desarrollo y cambio de la identidad.....	456
1.2.3. Las víctimas de violencia: el derecho al olvido como garantía a la recuperación del trauma.....	479
A. Víctimas de sucesos extremadamente violentos: el caso de víctimas del terrorismo.....	492
B. Víctimas de ciberacoso.....	504
C. Víctimas de violencia de género: dos casos de violencia digital contra las mujeres.....	521

CAPÍTULO VI: LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y NO JURISDICCIONALES DEL DERECHO AL OLVIDO DE LAS PERSONAS VULNERABLES: EL PAPEL DEL TJUE Y DE LOS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN INDEPENDIENTES EN LA UNIÓN EUROPEA..... 555

1. Garantías jurisdiccionales en el seno de la UE.....	556
1.1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	556
1.1.1. Consideraciones preliminares sobre la protección de los derechos fundamentales y el TJUE a la luz del proceso de integración europeo y del constitucionalismo multinivel.....	556
1.1.2. Una aproximación al ejercicio del poder jurisdiccional en la UE: la garantía y el desafío de la cuestión prejudicial en el desarrollo del sistema europeo de derechos fundamentales.....	564
1.1.3. El TJUE como garante supremo de los nuevos derechos digitales: praxis consolidada y evolutiva del derecho a la protección de datos en la UE.....	582
A. Hasta 2017.....	584
B. Desde 2018.....	589
1.1.4. El TJUE como garante supremo del derecho al olvido de las personas vulnerables.....	603
A. Un acercamiento jurisprudencial a la vulnerabilidad de los menores, las personas trans y las víctimas de violencia.....	611
B. Una propuesta de regulación hermenéutica: la “situación particular” como elemento clave en la teoría incipiente de la vulnerabilidad en el caso del derecho al olvido.....	626
2. Garantías no jurisdiccionales en el seno de la UE: los órganos de protección independientes más relevantes en materia de derecho al olvido....	631
2.1. El Supervisor Europeo de Protección de Datos.....	632
2.2. El Comité Europeo de Protección de Datos.....	636

2.3. La Agencia Europea de Derechos Fundamentales.....	638
2.4. El Defensor del Pueblo Europeo.....	645
PARTE FINAL.....	653
I. FINAL CONSIDERATIONS & CONCLUDING REMARKS.....	655
FIRST. Where does the recognition of the right to be forgotten stem from and why is it necessary?	655
SECOND. How do we envision the right to be forgotten and how does it connect with, and relate to, the European data protection and fundamental rights framework?	660
THIRD. What is the legal configuration of the right to be forgotten, how is it exercised and how do we balance it with other fundamental rights in the EU and Spain?	666
FOURTH. Is the recognition and exercise of a right to be forgotten possible in the American common law system?	675
FIFTH. Why is there a need to study vulnerability in the digital era and how does the EU's right to be forgotten effectively protect especially vulnerable groups?	683
SIXTH. What do EU judicial and monitoring bodies offer to vulnerable persons and their effective exercise of the right to be forgotten?	692
SEVENTH. Final thoughts and recommendations of a right to be forgotten advocate	698
II. ADVANCING SOME LINES FOR FURTHER RESEARCH.....	701
REFERENCIAS.....	705
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN: INSTRUMENTOS VINCULANTES (HARD-LAW) E INSTRUMENTOS PROGRAMÁTICOS (SOFT-LAW).....	789
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.....	799

PARTE INTRODUCTORIA

RESUMEN

El actual desarrollo tecnológico y la transformación digital han posibilitado la recogida, almacenamiento, análisis, utilización e intercambio masivo e ilimitado de información de carácter personal. Esto plantea nuevos desafíos asociados a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales, en particular del derecho a la protección de datos de carácter personal. Uno de estos retos, en clave cibernética y jurídica, es la perpetuidad y accesibilidad universal, en la Red Internet, de información personal, potencialmente lesiva para el libre desarrollo y la dignidad. Considerando la compleja realidad tecnodigital, así como la pluralidad ordinamental de las NTIC, se hace necesaria una revisión de su papel en la sociedad, en el Derecho Constitucional europeo, así como de sus límites, para evitar injerencias desproporcionadas en otros derechos y libertades fundamentales.

Este proyecto de investigación acomete el estudio del reconocimiento y régimen constitucional del denominado derecho al olvido en la UE, de su plasmación en España y Estados Unidos, así como de su papel en el marco de la protección de datos, con especial referencia a las personas vulnerables. Cabe destacar la actualidad de la temática abordada, tras el reconocimiento a nivel europeo de dicho derecho: en un primer momento por la decisión prejudicial del TJUE en el asunto C-131/12, conocido como *Google Spain* (STJUE de 13 de mayo de 2014); posteriormente, mediante un reconocimiento formal a través del Reglamento (UE) 2016/679 de Protección de Datos; y, finalmente, también ha venido perfilándose una clara línea jurisprudencial y normativa desde 2017 hasta la actualidad, tanto a nivel europeo como nacional.

El TJUE y otros órganos de salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos han forzado que se aborde el establecimiento de los límites entre dos grandes derechos fundamentales: las cláusulas relativas al orden axiológico fundamental (asentado en la dignidad de la persona) y la apertura a los estándares europeos e internacionales en materia de derechos humanos. Así pues, una de las preguntas que se suscitan, y a la que procura dar respuesta esta tesis, es si se puede conseguir en la práctica una conciliación de estos derechos fundamentales y cuáles son los retos para el establecimiento de un sistema para su protección efectiva ante el desafío de una Red que, por defecto, lo recuerda todo, y no ‘perdona’ ni olvida nada. El tema presenta una indudable actualidad, en orden al perfeccionamiento del sistema constitucional y europeo de derechos fundamentales. Así, no sólo se analizan los problemas constitucionales

derivados del alcance de este reconocimiento, sino también su impacto y configuración jurídica para las personas y colectivos particularmente vulnerables en nuestra era socio-digital.

A partir de un análisis basado en la normativa aplicable, interna, europea y estadounidense, en la jurisprudencia relevante en la materia, así como en la protección directa e indirecta de otras garantías no jurisdiccionales, este trabajo propone discernir y delimitar con mayor precisión cuáles son los perfiles del derecho al olvido, su aplicación práctica como mecanismo reactivo, y las reglas de ponderación que deberían implementarse para equilibrar los derechos en conflicto, todo ello prestando especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad.

ABSTRACT

Current technological development and digital transformation have enabled the collection, storage, analysis, use, and massive, unlimited exchange of personal information. This poses new challenges associated with the protection and effectiveness of fundamental rights, in particular the right to protection of personal data. One of these challenges, in cyber and legal terms, is the permanent and universal accessibility of personal information on the Internet that is potentially damaging to free development and dignity. Considering our complex techno-digital reality, as well as the plurality of the legal regulation of NICTs, a revision of their role and limits, in European Constitutional Law, is necessary to prevent any forms of unreasonable interference with other fundamental rights and freedoms.

This research project undertakes the study of the recognition and constitutional order of the so-called right to be forgotten in the EU, its implementation in Spain and the United States, and its role within the framework of data protection, with special reference to vulnerable people. The topicality of this issue should be emphasized, particularly after the recognition of said right at European level: initially through the preliminary ruling of the CJEU in case C-131/12, known as *Google Spain* (judgment of May 13, 2014); subsequently, through formal recognition via Regulation (EU) 2016/679 on data protection; and, finally, a distinct line of reasoning and regulatory framework have also been outlined, from 2017 to the present, both at European and national level.

The CJEU and other safeguard instruments of the fundamental right to data protection have forced the exploration of limits between two major fundamental rights: the clauses on the fundamental axiological order (based on the dignity of the person) and openness to European and international human rights standards. This raises the question -to which this dissertation seeks to answer- as to whether a reconciliation of these fundamental rights can be achieved, and what are the challenges for establishing a system for their effective protection against a Network that, by default, remembers everything, and does not 'forgive' or forget anything. This issue is undeniably relevant, insofar as it aims at the improvement of the constitutional and European system of fundamental rights. Thus, not only the constitutional problems derived from the scope of this recognition are analyzed, but also their impact and legal configuration for the particularly vulnerable people and groups in our socio-digital era.

Based on an analysis of the applicable internal, European and American regulations, on relevant case-law, as well as on the direct and indirect protection of other non-jurisdictional guarantees, this thesis contributes to a more precise definition of the 'profiles' of the right to be forgotten, its practical application as a reactive legal mechanism, and the rules of weighting that should be implemented to balance conflicting rights, with special attention to people in vulnerable situations.

RESUM

L'actual desenvolupament tecnològic i la transformació digital han possibilitat la recollida, emmagatzemament, anàlisi, utilització i intercanvi massiu i il·limitat d'informació de caràcter personal. Això planteja nous desafiaments associats a la tutela i efectivitat dels drets fonamentals, en particular del dret a la protecció de dades de caràcter personal. Un d'aquests reptes, en clau cibernètica i jurídica, és la perpetuïtat i accessibilitat universal, en la Xarxa Internet, d'informació personal, potencialment lesiva per al lliure desenvolupament i la dignitat. Considerant la complexa realitat tecno-digital, així com la pluralitat d'ordres jurídics de les NTIC, cal una revisió del seu paper en la societat, en el Dret Constitucional europeu, així com dels seus límits, per a evitar ingerències desproporcionades en altres drets i llibertats fonamentals.

Aquest projecte d'investigació escomet l'estudi del reconeixement i règim constitucional del denominat dret a l'oblit en la UE, de la seua plasmació a Espanya i

Estats Units, així com del seu paper en el marc de la protecció de dades amb especial referència a les persones vulnerables. Cal destacar l'actualitat de la temàtica abordada, després del reconeixement a nivell europeu del dit dret: en un primer moment per la decisió prejudicial del TJUE en l'assumpte C-131/12, conegut com *Google Spain* (STJUE de 13 de maig de 2014) ; posteriorment, per mitjà d'un reconeixement formal a través del Reglament (UE) 2016/679 de Protecció de Dades; i, finalment, també ha anat perfilant-se una clara línia jurisprudencial i normativa des de 2017 fins a l'actualitat, tant a nivell europeu com nacional.

El TJUE i altres òrgans de salvaguarda del dret fonamental a la protecció de dades han forçat l'establiment dels límits entre dos grans drets fonamentals: les clàusules relatives a l'ordre axiològic fonamental (assentat en la dignitat de la persona) i l'obertura als estàndards europeus i internacionals en matèria de drets humans. Així doncs, una de les preguntes que se susciten, i a la que procura donar resposta aquesta tesi, és si es pot aconseguir en la pràctica una conciliació d'aquests drets fonamentals i quins són els reptes per a l'establiment d'un sistema per a la seua protecció efectiva davant del desafiament d'una Xarxa que, per defecte, ho recorda tot, i no perdona ni oblida res. El tema presenta una indubtable actualitat, amb l'objectiu de perfeccionament del sistema constitucional i europeu de drets fonamentals. D'aquesta manera, no sols s'analitzen els problemes constitucionals derivats de l'abast d'aquest reconeixement, sinó també el seu impacte i configuració jurídica per a les persones i col·lectius particularment vulnerables en la nostra era socio-digital.

A partir d'una anàlisi basada en la normativa aplicable, interna, europea i nord-americana, en la jurisprudència rellevant en aquest àmbit, així com en la protecció directa i indirecta d'altres garanties no jurisdiccionals, aquest treball proposa discernir i delimitar amb més precisió quins són els perfils del dret a l'oblit, la seua aplicació pràctica com mecanisme reactiu, i les regles de ponderació que haurien d'implementar-se per a equilibrar els drets en conflicte, tot això prestant especial atenció a les persones en situació de vulnerabilitat.

I. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

I.1 Estado de la cuestión y relevancia del tema

Los avances tecnológicos ocurridos en los últimos años, así como la rápida transformación de la sociedad ante la constante evolución del mundo digital, obligan a plantearse si la regulación jurídica actual de las NTIC, en general, y de la Red, en particular, es eficaz. Estos cambios han ampliado los umbrales de la tolerancia pública ante la intromisión en la esfera privada y personal. Es fácil entender la creciente preocupación por los usos potenciales de la información disponible en la red, en una época de acelerado desarrollo tecnológico, en la que la misma herramienta se utiliza prácticamente desde el nacimiento hasta la muerte; una época caracterizada por el acceso libre y directo a la Red y en la que existe un uso masivo, a veces imprudente, de las redes sociales. El progreso tecnológico genera nuevos retos asociados directamente a los derechos clásicos y nuevos derechos personalísimos y, en última instancia, a la dignidad humana, lo cual obliga a ampliar la protección y garantía de los mismos.

Una de estas amenazas es la perennidad de la información que se publica y se comparte en la Red, lo cual supone una permanencia de datos potencialmente perjudiciales para el sujeto, que son universalmente accesibles con total ausencia de límites espacio-temporales. Como solución a este problema, se ha planteado regular el derecho al olvido digital, entendiéndolo como un derecho a suprimir datos personales o desvincular enlaces con los mismos, referidos a hechos pasados que puedan afectar al libre desarrollo humano: olvido que, por el mero paso del tiempo, no sucede *motu proprio* en la Red por su infalible memoria, también por la visibilidad que otorga a la información en línea, y, finalmente, por el perfeccionamiento de las NTIC en la Red, que perpetúan los hechos pasados de modo generalmente irrestricto. Funciona, por tanto, como un nuevo mecanismo real que garantiza el control de los datos y la identidad, el desarrollo de la personalidad y la dignidad en la Red. Así pues, cabe analizar el derecho al olvido, más allá de una virtud o un principio en la era digital¹, como un nuevo derecho y garantía, derivado de los derechos de la personalidad y de la autodeterminación informativa y que está estrechamente vinculado al derecho fundamental a la protección de datos.

¹ MAYER-SCHÖNBERGER, V.: *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, Princeton University Press, New Jersey, 2009.

El marco paneuropeo de protección de datos ha perfilado la forma en la que se procesan y tratan los datos personales en Europa, convirtiéndose en un punto de referencia a nivel mundial en materia de privacidad. En un entorno que cada vez depende más del tratamiento de la información personal, la Unión Europea ha garantizado a las personas la posibilidad de controlar de manera más efectiva sus datos personales, a la vez que ha establecido un marco fiable para la innovación y el progreso. El *Reglamento general de protección de datos* ha sido, sin duda, no sólo la piedra angular de la integración (y transición) digital europea, sino también la herramienta necesaria para la confianza y protección digital. El ‘nacimiento’ del llamado derecho al olvido, que cobró un inusual protagonismo entre el 2013 y 2014, viene generando amplia discusión académica en lo relativo a su alcance y aplicación. A partir de la *Sentencia Google Spain*, se ha discutido el controvertido tema del derecho al olvido y, con el nuevo marco de protección liderado por el supracitado reglamento a nivel europeo, se han desarrollado vertientes doctrinales que han estudiado la regulación general del derecho al olvido², la extensión y alcance del propio Reglamento a nivel europeo³ y su proceso de reforma y configuración constitucional en España⁴; pero no se han analizado las posibilidades reales de llevarlo a cabo en la práctica, en el contexto de un constitucionalismo europeo y global. Se busca, por tanto, establecer un marco más sólido y coherente que otorgue seguridad y protección jurídica.

La facultad de actuación jurídica insertada en el contenido de otros derechos ya reconocidos, como el derecho al honor, la intimidad⁵ y la propia imagen⁶ ha servido de justificación para el posicionamiento jurídico sobre el derecho al olvido digital, como nuevo derecho enfrentado a las libertades de información⁷. Se estudia, precisamente,

² ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en internet en la jurisprudencia europea*, Reus, Madrid, 2014; y RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

³ TRONCOSO REIGADA, A.: “El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales”, *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 59, 2012, pp. 62-74.

⁴ SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.

⁵ SUÁREZ VILLEGAS, J.C.: “El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad”, *TELOS*, 2014, p. 40.

⁶ JORDÀ CAPITÁN, E.R.: “Un nuevo derecho: el derecho al olvido. Y un viejo conflicto: la colisión de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas con las libertades de información y de expresión”, en JORDÀ CAPITÁN, E.R. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dir.) *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Barcelona, 2014, p. 159.

⁷ BOIX PALOP, A. “El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 1-40; y COTINO HUESO, L. “La colisión del derecho a la protección de datos

como una de las mayores preocupaciones respecto a las amenazas a la libertad de información en la red, la detección y el control de potenciales manipulaciones, discriminaciones y abusos, situaciones que pueden verse revertidas por un derecho a borrar, bloquear o desvincular información devenida innecesaria, obsoleta o irrelevante por el mero paso del tiempo, limitando el condicionamiento potencialmente negativo del pasado sobre el presente y el futuro.

La temática en sí y los distintos apartados en los que se estructura este trabajo ponen de manifiesto tanto la actualidad del objeto de análisis, como su complejidad y los numerosos intentos de delimitación de que ha sido objeto. En lo atinente a la comparación jurídica escogida, la relación transatlántica UE – EE. UU. en materia de privacidad y protección de datos ha sido una temática divisiva, siendo necesario un análisis exhaustivo del marco normativo y jurisprudencial estadounidense, a fin de poder llegar a una comprensión correcta de las razones que explican los problemas actuales, en lo que a estándares de protección se refiere, en el contexto del *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, el *Privacy Shield* y el *Safe Harbor Agreement*, y de decisiones europeas, como *Digital Rights Ireland* o *Schrems*, y las del tribunal supremo estadounidense como *US v. Microsoft Corp.*

Pese a que algunos aspectos de este derecho retrospectivo al olvido ya han sido analizados por parte de la doctrina académica europea, para fortalecer la autodeterminación informativa, se estudia aquí su posible configuración como derecho y garantía, derivado del libre desarrollo de la personalidad, de la identidad, de la integridad emocional y, en última instancia, de la dignidad humana. Todo ello sin perjuicio de tomar en consideración las implicaciones de orden socio-económico (la faceta instrumental del derecho al olvido -o el mismo como garantía-) con objeto de facilitar el ejercicio de otros derechos sin discriminación ni riesgos de exclusión social.

En el contexto de la pandemia por el SARS-CoV-2, se advierte con especial intensidad el hecho de que los principios y derechos de protección de datos juegan un papel fundamental en la seguridad y confianza vertida sobre el tratamiento de determinada información sensible, desempeñando las garantías normativas, jurisdiccionales y no jurisdiccionales nacionales y europeas una función crucial. En lo que a las situaciones de

personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución”, en COTINO HUESO, L. (Dir.) *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, (Valencia, PUV), 2011, pp. 386-401.

vulnerabilidad se refiere, el ‘olvido’ (nunca mejor dicho) de la protección de datos de las personas vulnerables, como se refleja, por ejemplo, en la ausencia de referencia alguna sobre estas cuestiones en el reciente código estatal Covid-19 sobre personas vulnerables⁸, propicia realzar el carácter actual y relevante de esta Tesis Doctoral.

El componente más novedoso de este trabajo radica precisamente en el estudio de la protección adicional de este derecho, en el caso de las personas vulnerables, ante los riesgos de la recopilación, almacenamiento y difusión de los datos personales, y ante los riesgos de la llamada “descontextualización” de la información en la Red. Otra novedosa contribución es el análisis del derecho al olvido como solución tecno-jurídica, con un enfoque basado en los derechos humanos, en el seno de una Unión Europea cada vez más constitucional. El derecho al olvido y la famosa Sentencia *Google Spain* de 2014, junto con el nuevo marco paneuropeo de protección de datos, liderado por el Reglamento general de protección de datos, sólo constituyen incipientes vectores de nuevos desarrollos para los derechos fundamentales en juego y para las categorías vulnerables de personas implicadas. El parámetro jurisdiccional y normativo-constitucional de la UE pasa por ser completado mediante otras garantías (no jurisdiccionales) y, sobre todo, con el canon constitucional (español y comparado).

I.2 Objetivos

En síntesis, los principales objetivos de este trabajo, así propuestos en el proyecto inicial de investigación de la ayuda pre-doctoral MECD-FPU y del programa de Doctorado correspondiente, son:

1. Estudiar el origen, el proceso de surgimiento y la razón de ser del derecho al olvido.
2. Caracterizar la naturaleza, delimitación y relevancia jurídica del derecho al olvido, su relación con la protección de datos de carácter personal y la conciliación con las libertades informativas.

⁸ Código electrónico “COVID-19: Colectivos Vulnerables” editado por el BOE el 28 de abril de 2020 (modificado el 20 de mayo de 2020). Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=359_COVID-19_Colectivos_Vulnerables&tipo=C&modo=2

3. Analizar la praxis consolidada y evolutiva en España y en la UE relativa al derecho al olvido a través del estudio de su base normativa y de un acercamiento a la jurisprudencia relevante.

4. Estudiar la regulación de la protección de datos y el derecho al olvido en el ordenamiento jurídico estadounidense, dado el origen de las empresas, la transformación tecno-digital y el conflicto transatlántico en materia de privacidad y transferencia de datos personales.

5. Examinar el marco jurídico de las personas vulnerables en el ámbito de la protección de datos y del derecho al olvido, a través del estudio de su configuración constitucional en la UE.

6. Valorar el impacto de la regulación del derecho al olvido, en el marco de los desafíos de la UE en términos de gobernanza europea, no sólo desde la perspectiva de las políticas comunitarias, sino también bajo el ángulo de las relaciones interinstitucionales y la coordinación del cometido de cada institución, organismo u órgano europeos, con especial atención a las garantías jurisdiccionales -el TJUE- y los órganos especializados e independientes en materia de protección de datos.

7. Abordar los retos del alcance del derecho al olvido y proponer perspectivas futuras del ejercicio y aplicación del mismo, así como soluciones efectivas al problema de la difusión universal en la red de los datos personales y su recuerdo, por tiempo indefinido, con especial consideración a las personas en situaciones de vulnerabilidad.

I.3. Metodología y estructura

En relación con los problemas supracitados y los objetivos propuestos, se realiza una detallada búsqueda y análisis de la normativa vinculante aplicable, del *soft law* y de la jurisprudencia relevante en la materia. Se trabaja con fuentes primarias como la legislación básica europea, española y estadounidense, además de la jurisprudencia aplicable y se realiza un examen socio-cultural de los desafíos planteados y un examen específico sobre las implicaciones del nuevo marco paneuropeo de protección de datos con respecto al reconocimiento y ejercicio del derecho al olvido.

El trabajo se sitúa en el marco de los estudios centrados en el análisis de las instituciones y figuras jurídicas del Derecho de la Unión Europea con un enfoque jurídico-constitucional. En congruencia con lo anterior, desde la perspectiva y paradigma del Derecho Constitucional europeo, cabe destacar el carácter deductivo del estudio del tema, pues, a través de un análisis normativo y jurisprudencial, en nuestro caso comparado y con un claro enfoque basado en los derechos fundamentales, se ha analizado la naturaleza y alcance del derecho al olvido y sus delimitaciones. Por supuesto, también se ha optado por un método jurídico que ha procurado una revisión lógica y una interpretación de las fuentes, teniendo en cuenta la dinámica del cambio de principios que evolucionan constantemente junto a la sociedad (método teleológico o finalista), sin ciertamente perder de vista el fin social de las normas y los valores de la comunidad en su conjunto.

En esta línea, desde la perspectiva metodológica, se ha tenido presente, pues así lo exige la temática abordada, tanto lo que se ha venido a denominar el método constitucional comparado u horizontal, como lo que se ha dado en llamar asimismo el método constitucional supranacional o vertical. En el caso del primero, no se pretenderá introducir una mera yuxtaposición del ordenamiento español y de los sistemas jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea, sino confrontar y extraer aspectos comunes susceptibles de ser utilizados en favor de una mayor integración supranacional en este ámbito de la libre circulación de datos y la protección de los derechos fundamentales, todo lo cual enlaza inevitablemente con ese segundo enfoque supranacional. En efecto, en lo atinente al segundo método, en temáticas como la elegida, en donde el elemento transnacional es omnipresente, resulta necesario hacerse eco de las cláusulas constitucionales de apertura al conocido como “Derecho internacional de los derechos humanos”, en el marco de un movimiento ineludible de *internacionalización del Derecho constitucional* o, correlativamente, de *constitucionalización del Derecho internacional*.

En lo que concierne al elemento de comparación jurídica, se realiza una contextualización socio-cultural y una reflexión histórico-cultural de los elementos normativos, como examen previo al análisis exhaustivo de las instituciones jurídicas y garantías normativas y jurisdiccionales que se estudian, para así poder entender los significados constitucionalmente relevantes y para proponer respuestas efectivas acordes con el sistema jurídico estudiado.

Cabe adelantar que el derecho al olvido ha sido un derecho de creación jurisprudencial, precisamente bautizado así por el propio TJUE, posteriormente consagrado en la modernización del marco normativo paneuropeo de protección de datos, y ulteriormente devuelto a las manos del TJUE, para perfilar e interpretar su contenido y alcance en función de los casos concretos que se le presentan. De ahí el interés científico en estudiar su configuración ‘constitucional’ en el seno de una UE, configuración, a su vez, basada en el constitucionalismo multinivel y el pluralismo judicial.

Una vez perfilados los parámetros jurídico-constitucionales en los que se sitúa el presente trabajo, sólo nos resta recapitular la estructura que va a seguir su desarrollo, en el que, más allá de un análisis jurídico de los instrumentos normativos y la doctrina jurisprudencial atinente al derecho al olvido, el hilo conductor se asienta en un enfoque basado en la dogmática de los derechos fundamentales y en la protección de las personas en situación de vulnerabilidad. Dicho esto, y en aras de garantizar una estructura coherente y ordenada, la tesis, por un lado, se divide en dos grandes bloques, uno general dedicado a la protección de datos y al derecho al olvido, y otro especial, consagrado a la técnica *iuscomparativa* y al reconocimiento y ejercicio del derecho al olvido para determinados casos de vulnerabilidad; ambas partes son los objetos principales del enfoque científico de este trabajo.

Por otro lado, los objetivos propuestos de esta tesis corresponden, en su mayoría, con la estructura de los capítulos redactados. La tesis se divide en cuatro partes: una *Parte Introductoria*, una *Parte General*, una *Parte Especial* y una *Parte Final*. En la Parte Introductoria se plasma el estado de la cuestión tecnológico, socio-filosófico y jurídico, que hace necesario el estudio y garantía del derecho al olvido. En la Parte General, encontraremos tres capítulos, que sientan las bases del derecho al olvido en la UE. El **Capítulo I**, titulado *La consolidación del derecho a la protección de datos de carácter personal como punto de partida del derecho al olvido digital*, intenta, a través del estudio del proceso europeo (en su sentido más amplio) del reconocimiento y consolidación del derecho a la protección de datos, asentar este como premisa y punto de partida del derecho al olvido, encontrando su correspondencia con los objetivos primero y segundo. El **Capítulo II**, titulado *Proceso de surgimiento y razón de ser del derecho al olvido digital en la UE*, sintetiza, por un lado, su reconocimiento y positivización, examinándolo desde la praxis jurisprudencial y posterior marco normativo, y por otro, su alcance, límites y subsiguiente conciliación con las libertades informativas. En tanto que nos ubicamos en

la disciplina del Derecho Constitucional español (línea de investigación a la que estoy adscrita en el marco de mi Programa de Doctorado), el **Capítulo III**, titulado *Regulación del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico español*, analiza, bajo un esquema propio de la disciplina, el régimen jurídico del derecho al olvido en España, proponiendo nuestra propia intelección sobre su ubicación constitucional. Ambos capítulos pretenden dar respuesta a las preguntas suscitadas por los objetivos segundo, tercero y séptimo.

En la *Parte Especial* se ubican tres capítulos, que presentan la parte más original y novedosa de la tesis, pues no sólo se formulan propuestas de regulación y ejercicios concretos del derecho al olvido para situaciones de especial vulnerabilidad en la UE, sino que, además, se amplían y modifican, para darle cabida en un ordenamiento bien distinto del continental. Así, el **Capítulo IV**, titulado *Estudio comparado de la perspectiva estadounidense sobre la regulación y desarrollo del derecho al olvido*, consiste en un estudio sistemático, en clave *iuscomparativa*, del sistema normativo y jurisprudencia fragmentados en materia de privacidad, en general, y privacidad de los datos (su equivalente a la protección de datos europea), en particular. Se examina, de manera especial, la difícil aceptación del reconocimiento de un derecho al olvido y su compleja conciliación con la libertad de expresión, como signo emblemático de su ordenamiento constitucional, aunque extrapolando elementos de doctrinas civilistas, líneas jurisprudenciales y trabajos legislativos recientes, se exponen y proponen los casos menos problemáticos para su eventual aceptación; todo lo cual encaja plenamente con el objetivo cuarto propuesto.

El **Capítulo V**, titulado *Las garantías normativas del derecho al olvido de las personas vulnerables en la Unión Europea. Especial atención al RGPD y normas conexas*, en línea con el quinto y séptimo objetivos, acomete el estudio de algunas situaciones de especial vulnerabilidad inherente, circunstancial o devenida por la faceta socio-digital del paradigma actual, y perfila el derecho al olvido como garantía específica para el libre desarrollo, integridad y dignidad de los colectivos propuestos. El **Capítulo V**, titulado *Las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales del derecho al olvido de las personas vulnerables: el papel del TJUE y de los organismos de protección independientes en la Unión Europea*, tal y como se propone en el objetivo sexto, valora la regulación europea del derecho al olvido, no solo desde el ángulo jurisprudencial, sino también a través de garantías y órganos de control independientes menos estudiados.

Desde la Parte Introductoria hasta la Parte Final, se pueden encontrar no sólo los retos sino también las potenciales respuestas y configuraciones del derecho al olvido, para dar efectividad a los derechos de las personas, en general, y de aquellas en una situación de vulnerabilidad, en particular, satisfaciendo el contenido del objetivo séptimo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, ACLARACIONES CONCEPTUALES Y REFLEXIONES EN CLAVE CIBERNÉTICA Y JURÍDICO-FILOSÓFICA

II.1 Nuevo paradigma en el marco de un Derecho constitucional global: la innovación tecnológica, la transformación digital y la Red

Si solo pudiésemos destacar una nota característica de la globalización y el constitucionalismo, sin duda sería su interrelación y, por extensión, su necesaria concurrencia. Nos atreveríamos a decir que todas las acepciones contemporáneas de la globalización comparten una idea. Esta se resume en el absoluto convencimiento de que vivimos en una era en la que la tecnología ha facilitado, más que nunca, la libertad: tanto las clásicas libertades de movimiento de capitales, de personas, de bienes y de servicios, como las más intangibles, las libertades informativas, en especial, la libertad de expresión. Desde el surgimiento de la entonces llamada sociedad de la información, hemos avanzado exponencialmente, no sólo en cuanto a la disponibilidad y acceso a la tecnología, sino también en cuanto a su difusión y almacenamiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (“NTIC”, en adelante)⁹. Todo esto ha creado una creciente dependencia recíproca (si bien, como veremos, no siempre mutualista) entre Estados, empresas y ciudadanos del mundo. Los avances tecnológicos han constituido una indudable ventaja para la mayoría, facilitando el crecimiento y la eficiencia de sectores muy diversos de la economía, así como la mejora de un conjunto de disciplinas y facetas vitales¹⁰. El proceso de globalización, en el que visiblemente continuamos inmersos, ha transformado radicalmente todo tipo de relaciones, conduciendo a sociedades más complejas y estableciendo vínculos cada vez más interdependientes.

En consecuencia, otra idea que muchas nociones de la globalización comparten, es, sin duda, la creencia de que la globalización minimiza la importancia de las fronteras y socava la noción, más que asentada en el constitucionalismo clásico, de que el Estado, con su correspondiente ordenamiento jurídico, es el único responsable de gestionar los

⁹ Más sobre las NTIC y su evolución en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “El impacto de las NTIC en los derechos humanos”, en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (Coord.) *Fundamentos Éticos y Jurídicos de las TIC*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp.67-71; y más recientemente, en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-38.

¹⁰ CASTELLS, M., *La era de la información*, 2008, Madrid, Alianza Editorial.

asuntos humanos y sus subsiguientes relaciones y conflictos jurídicos. Las NTIC, en sí mismas, y el uso que se hace de ellas, han difuminado las fronteras físicas y temporales, lo que posibilita, agiliza y diversifica relaciones de toda índole (comerciales, financieras, políticas, culturales, personales, etc.). La vida de la mayoría de las personas ya no está influenciada por una norma nacional, sino por un nuevo tipo de código, liderado por la propia y anárquica Red, medio aparentemente abierto, independiente y descentralizado, pero cuya gobernanza, regulación y funcionamiento resultan realmente complejos y fragmentados para la protección efectiva de los derechos e intereses fundamentales de aquellos que la utilizan. Se ha llegado a comparar con el *Lejano Oeste*, por tener también “sus soñadores, sus estafadores y esa brillante promesa y reserva de tierra libre”¹¹.

Dejando de lado, por un momento, su acepción en clave de interdependencia económica, la globalización es también una alianza de ciudadanos del mundo (en sus diferentes representaciones colectivas, a nivel local, regional, nacional y supranacional) y es una posible solución para lograr un desarrollo duradero y sostenible, y, en última instancia, el bienestar común. La Red de Internet (“la Red”, en adelante) ha sido un auténtico catalizador del proceso de globalización contemporáneo, en tanto que ha conferido la posibilidad de creación, acceso y difusión inmediata e universal de la tecnología, de la información y de las ideas, las cuales han producido verdaderas revoluciones, allende lo económico: ha sido también (muy singularmente) instrumento clave para la acción de movimientos sociales, al permitir “movilizar, organizar, deliberar, coordinar y decidir”, a la vez que ha constituido el fundamento de la “cultura de la autonomía”, fomentando la apertura a nuevas ideas y acciones construidas al margen de las instituciones de la sociedad, de acuerdo con sus propios valores e intereses¹²; constituyendo una suerte de “círculo virtuoso” entre las NTIC y la autonomía individual, que se concreta “a través de la conexión en red”¹³.

La mutación de la “informática” y los avances de la tecnociencia, lo que por razones de economía terminológica hemos referenciado a lo largo de este trabajo como las NTIC, han dado lugar a un nuevo grado de inmaterialidad, interactividad, interconexión e instantaneidad. Así, en una era como la actual, de acelerado desarrollo tecnológico y

¹¹ LARNIER, J.: *Who owns the future?*, Penguin Books, London, 2014, p. xxviii.

¹² CASTELLS, M.: *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 19.

¹³ DUQUE FRANCO, I.: “Reseña de Castells, Manuel. *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*”, *Cuadernos de Geografía. Revista Colombiana de Geografía*, vol. 22, núm. 2 (julio-diciembre), 2013, p. 274.

humano, no sólo nos encontramos con que toda la información existente está relegada a infinidad de bases de datos, sino que disponemos universal e inmediatamente de ellos con un solo clic, viéndonos devorados por ellos desde el nacimiento hasta (y allende) la muerte. De este modo, las NTIC y los datos personales se han convertido en las fuerzas motoras de una nueva fase de la “modernización”¹⁴, en general, y de la “Revolución Digital”¹⁵, en particular. Presenciamos, pues, una auténtica alteración de los clásicos mercados de bienes y servicios¹⁶, así como de la forma en la que interactúan las personas entre sí, precisamente debido a la escala acelerada y modo radical en el que se intercambian y se utilizan los datos: las NTIC han introducido una “*entropía considerable en el mundo, consolidado por un paradigma comercial inesperado y por el uso de activos intangibles*” (traducción propia)¹⁷.

Es más, las NTIC han cambiado, incluso, el propio concepto de Estado, de ciudadanía, o del mismísimo constitucionalismo. Los términos de soberanía o ciudadanía han tenido que ser matizados en más de un sentido para no perder su vigencia en el contexto virtual. La innovación tecno-digital ha cambiado la manera en la que el poder se gana, se recibe, se usa, se distribuye, se pierde y se pretende luchar por él a escala individual y colectiva, a escala local e internacional. Es un ejemplo paradigmático de hasta dónde han llegado las NTIC el que Zuckerberg pueda casi considerarse un ‘Jefe de Estado’; al menos ha contribuido en foros internacionales y nacionales y se le ha tratado desde el punto de vista del protocolo, casi con rango de Primer Ministro¹⁸. La red social de la que es dueño tiene casi el alcance y perfil de un Estado-nación, de ahí su denominación de *Facebook Nation*: si bien sus fronteras son difícilmente delimitables, con sus casi mil setecientos millones¹⁹,

¹⁴ BECK, U.: *Risk Society, Towards a New Modernity*, Sage Publications, London, 1992, p. 50: “*urges of technological rationalization and changes in work and organization, but beyond that includes much more: the change in societal characteristics and normal biographies, changes in lifestyle and forms of love, change in the structures of power and influence, in the forms of political repression and participation, in views of reality and in the norms of knowledge. In social science's understanding of modernity, the plough, the steam locomotive and the microchip are visible indicators of a much deeper process, which comprises and reshapes the entire social structure*”.

¹⁵ LUCCHI, N.: *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Springer, Milano, 2010, pp. 11-12.

¹⁶ ACQUISTI, A., TAYLOR, C. y WAGMAN, L.: “The economics of privacy”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 54, núm. 2, 2016, pp. 442-492.

¹⁷ LUCCHI, N.: *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà...op.cit.*, p. 11.

¹⁸ Recordemos su asistencia e intervenciones en la 37.^a Cumbre del G8 que se celebró del 26 al 27 de mayo de 2011 en la comuna de Deauville en Francia, así como sus reuniones secretas con el Presidente Donald Trump. Para esta última, *vid.* VAIDHYANATHAN, S.: “Surprised about Mark Zuckerberg's secret meeting with Trump? Don't be”, *The Guardian*, 22-11-2019. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/nov/22/surprised-about-mark-zuckerbergs-secret-meeting-with-trump-dont-be>

¹⁹ Según cifras de 2020. Disponibles en: <https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/>

hace de esta ‘nación’, el pueblo más grande del mundo y, si bien no tiene plena soberanía, como nos recuerda Andrews, tiene su propio sistema financiero, moneda, sistemas de resolución de conflictos²⁰. Todo ello queda plasmado en su ‘constitución’ auto-otorgada, a través de sus términos legales (*Términos y Condiciones de uso*), y como una suerte de primera potencia mundial, ha influido considerablemente en las percepciones, y en las decisiones personales, sociales, económicas y políticas a escala planetaria.

Además, tanto las transmutaciones de los conceptos supracitados como las propias premisas de la globalización en el contexto de la Red, en tanto que superan las clásicas barreras y fronteras, han dado lugar a interesantes debates sobre la apertura a estándares y regulaciones allende lo estatal. Muestra de ello es, como sostiene Ferrajoli, que estamos frente a una participación cada vez mayor de instituciones pertenecientes a la comunidad internacional, en parte liderada por la globalización tecnológica²¹. En efecto, la protección de los derechos ha visto su tradicional marco de referencia estatal superado: los fenómenos de la internacionalización y universalización de los derechos, la *internacionalización* (y *europización*) del Derecho Constitucional, así como la constitucionalización del Derecho Internacional (y Europeo), son de obligada referencia²². Tal postura hace igualmente necesario mencionar la llamada integración constitucional en la Unión Europea (“UE”, en adelante), o lo que se ha venido llamando la *constitucionalización* de Europa²³, así como una aproximación al constitucionalismo

²⁰ ANDREWS, L.B.: *I Know Who You Are and I Saw What You Did: Social Networks and the Death of Privacy*, Free Press, New York, 2011, pp. 1-2; y más recientemente, LEE, N.: *Facebook Nation: Total Information Awareness*, Springer, New York, 2014.

²¹ Basta con citar al clásico *iuspositivista* crítico FERRAJOLI, L.: “Más allá de la soberanía y la ciudadanía un constitucionalismo global”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 9, 1998, pp. 173-184.

²² *Vid.*, por todos, EPINEY, A.: “Européanisation et mondialisation du droit: convergences et divergences”, en MORAND, C.A. (Dir.) *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 147-170; BALAGUER CALLEJÓN, F.: “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 13, 2010, pp. 189-208; y más recientemente, JIMENA QUESADA, L.: “La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: signo de madurez constitucional”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 101 (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española de 1978 (II)), 2018, pp. 819-866.

²³ *Vid.*, por todos, MANCINI, F.: “The Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989, pp. 595-614; CRUZ VILLALÓN, P.: “La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, 2002, pp. 9-22; HÄBERLE, P.: “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1 (enero-junio), 2004, pp. 11 y 15; y LÓPEZ CASTILLO, A.: “Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 113 y 137. Torres Pérez la ha definido como “el proceso a través del cual el ordenamiento comunitario ha ido adquiriendo rasgos que lo aproximan al ordenamiento de tipo constitucional”. *Vid.* TORRES PÉREZ, A.: “En defensa del pluralismo constitucional”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho*

europeo. Nos desviamos, solo unas páginas, para dar unas pinceladas sobre el proceso de integración europea, necesarias para entender los cambios del clásico constitucionalismo, el contexto en el que navegan los retos del actual, y como botón de muestra del enfoque basado en la dignidad de la persona y en los derechos en el que se enmarca este trabajo.

La Unión Europea ha experimentado un paulatino proceso de integración, con el fin germinal de proteger la dignidad de la persona y asegurar el mantenimiento de la paz en el continente tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial; al principio, mediante una integración económica, pero siempre con miras a una unión político-jurídica. Debemos insistir en que, si bien la UE surgió originalmente con objetivos netamente económicos, gracias a que su premisa siempre fue la de mejorar la calidad de vida para todos²⁴, ahora constituye una organización política en la que la libertad, la democracia y el respeto de los derechos humanos son factores principales de cohesión (y criterios esenciales de adhesión). De conformidad con los actuales Tratados, los valores como la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos están ciertamente a la vanguardia de la integración europea²⁵. Como ya hemos sostenido en otro lugar, este proceso de integración se podría calificar como único en el mundo:

“[...] como consecuencia de un proceso de más de medio siglo, sigue siendo la única instancia en la historia humana donde encontramos un grupo regional profundamente unificado, basado en sus propias premisas ideológico-políticas específicas [...] llamadas valores y objetivos comunes [...] experimento más exitoso hasta la fecha de gobernanza supranacional con el objetivo originario de garantizar [...] la paz en Europa y [...] los derechos humanos”²⁶.

Esta unión de Estados con una historia y voluntad política compartida, próxima a los modelos federales²⁷, también se materializa como una unión de valores y objetivos

constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 2011, p. 160.

²⁴ *Vid.* Considerando 2 y artículo 2.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18 de abril de 1951. Véase la versión oficial española del Tratado en el BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986, publicada a través del Instrumento de adhesión correspondiente, concretamente en las páginas 340 y siguientes. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1986/01/01/pdfs/A00003-00687.pdf>

²⁵ *Vid.* art. 2 TUE.

²⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial”, *Revista de derecho político*, núm. 105, 2019, p. 319.

²⁷ La UE, a pesar de su vocación federal, no se puede considerar una entidad estatal pues carece de una serie de elementos definitorios de un Estado, entre ellas la falta de plena soberanía. Así, la UE no goza de

compartidos; todo lo cual se evidencia en el mismo preámbulo del Tratado de la Unión Europea (“TUE”, en adelante). Igualmente, cabe recordar que poco tardó el proyecto de integración europea en poner el foco de mira sobre la persona, pues tras el Tratado de Maastricht se reforzó el protagonismo del individuo con el reconocimiento de su estatus como ciudadano europeo. En la actualidad todo ello se aprecia tras una lectura de los tratados fundacionales revisados, y en particular, del preámbulo y del art. 2 TUE. La idea de los derechos como fuerzas unificadoras o elementos integradores no es ajena a las teorías político-constitucionales, afirmando algunos autores la imposibilidad de imaginar una estructura o comunidad política sin la presencia de “un status común básico de derechos de las personas que la componen”²⁸ y asegurando otros que poco existe con “más potencial para integrar que una carta común de derechos” (traducción propia)²⁹.

Esto se ve perfectamente reflejado en las consecuencias político-jurídicas que tuvo la adopción y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que modificó los tratados constitutivos y reconoció la naturaleza vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“CDFUE”, en adelante) elevándola como parte del derecho originario. Esta última se ha considerado un hito, no sólo por crear una “Declaración de Derechos Europea”, con el reforzamiento de los derechos clásicos y la consagración de muchos nuevos no expresamente reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”, en adelante), sino por insertarla en su estructura dogmática fundacional, haciendo la naturaleza de la Unión Europea mucho más constitucional³⁰.

Lo cierto es que el debate sobre la naturaleza jurídico-política (y por ende, constitucional) de la UE tiene los mismos años que la propia organización. A tal efecto, se podría decir que la UE, tomando en consideración su configuración y corpus normativo

soberanía sino que dispone de competencias de atribución (art. 5.2 TUE), disponiendo únicamente de aquellos poderes específicos concretados en los Tratados. No obstante, tal y como se visionó y se ha articulado a través de las últimas décadas, se inspira y se vertebra sobre valores y principios federalistas. *Vid.*, en tal sentido, JIMENA QUESADA, L., y TAJADURA TEJADA, J.: “La prehistoria y la historia del derecho constitucional europeo (ensayo de paralelismo con el decurso del derecho constitucional nacional)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 94 (septiembre-diciembre), 2015, pp. 30-31.

²⁸ LÓPEZ GUERRA, L.: “Derechos e integración europea” en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, p. 19.

²⁹ De Búrca citando a Cappelletti. *Vid.* DE BÚRCA, G.: “The Language of Rights and European Integration”, en MORE, G. y SHAW, J (Eds.) *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

³⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Hacia una integración digital europea: la constitucionalización del derecho de la UE y la europeización del Derecho Constitucional en materia de protección de datos”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, (enero-junio), 2018, p. 25; y CRAIG, P.: “Constitutions, Constitutionalism and the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 7, núm. 2, 2001, p. 128, respectivamente.

constitutivo, como fuentes emanantes de la misma, se rigió, en sus orígenes, por el Derecho Internacional, creándose en un principio como una suerte de organización internacional en la que estados soberanos europeos se asociaban para alcanzar una serie de objetivos comunes y asegurar, así, la paz en el continente³¹. No obstante, si observamos su estructura y naturaleza, esta se presenta un tanto más constitucional. Por un lado, los tratados constitutivos, a partir de la reforma del Tratado de Lisboa³², muestran elementos propios de un texto constitucional, reflejados tanto en “partes orgánicas”, regulando los distintos poderes y estableciendo el marco institucional y decisorio, como ‘dogmáticas’, consagrando principios rectores así como derechos y libertades ‘fundamentales’³³, consagrando: “*en un pacto de unión, situaciones subjetivas del individuo con las garantías que le proporcionan los principios del constitucionalismo*”³⁴.

Por otro, no sólo emana de ella un Derecho creado por sus instituciones (Derecho secundario o derivado), jurídicamente vinculante y directamente aplicable a los Estados miembros (“EEMM” en adelante), sino que además le reconoce al individuo un estatuto propio (como ciudadano europeo y como sujeto dotado de derechos) y tiene su propio sistema jurisdiccional para dirimir controversias y asegurar la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la UE, incluido su propio sistema de protección de derechos humanos, aunque no reconozca legitimación activa al individuo mediante un mecanismo de demanda similar al instaurado por el CEDH. Al margen de que el sistema normativo de la UE no se cimente, como es habitual, en un pacto social, solemne y escrito, que reciba la denominación de texto constitucional, y a pesar de intentos por engendrar y bautizar uno, como fue el caso de la fallida *Constitución para Europa* de 2004, esto no significa que no exista una constitución europea. Por razones obvias, no podemos atribuirle a dicha organización supranacional la naturaleza de Estado constitucional, ni el carácter de “Constitución formal” a su Derecho primario. Ahora bien, los cambios sustantivos efectuados por el Tratado de Lisboa han hecho posible referirse a la “Constitución

³¹ Ello se ve reflejado en la terminología empleada en el art. 1 del TUE: “*Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea*” (énfasis nuestro).

³² Hay autores que desde antes de la vinculatoriedad de la CDFUE que no han dudado de la existencia de un texto constituyente europeo: Vid. DOUGLAS SCOTT, S.: “Constituting Europe: In Defence of Public Reason”, *King's Law Journal*, Vol. 12, núm. 1, 2001, p. 75: “*the EU already has some sort of Constitution*”.

³³ Resulta relevante, o al menos anecdótico, la utilización del término derecho “fundamental” en el sistema europeo actual de los derechos humanos. La utilización de “derechos fundamentales”, utilizado principalmente en la disciplina del Derecho constitucional, siendo el término “derechos humanos” el preferido en el ámbito del Derecho Internacional.

³⁴ CASCAJO CASTRO, J.L.: “Constitución y derecho constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 15, 2004, p. 103.

europea material”³⁵. Así, nos atrevemos a decir que el Derecho Constitucional europeo se construyó sobre la unidad cultural que compartían los Estados y ciudadanos europeos.

En efecto, sea desde la teoría constitucional en sentido estricto (los elementos característicos de una constitución³⁶) o bien desde las teorías descriptivas del constitucionalismo³⁷, no nos cabe ninguna duda de que la UE se ubica como un sistema jurídico intermedio, siendo política y jurídicamente un híbrido entre estado nacional y organización internacional. De ahí precisamente deriva su consideración *sui generis* y su clasificación de organización ‘supranacional’, con un ordenamiento jurídico propio, basado en el pluralismo (cultural, político y, por ende, constitucional³⁸) y que, con los años, se ha transmutado, dando pie, hoy en día, al llamado ‘constitucionalismo multinivel’³⁹. Así pues, no nos parece en absoluto desacertado adoptar un enfoque constitucional para el examen del proceso de integración europea. De una parte, el Derecho Constitucional, aunque ha visto su nombre (para algunos erróneamente) cambiado⁴⁰, guarda estricta relación con el Derecho Político, pues son, a fin de cuentas,

³⁵ BAR CENDÓN, A.: “La Constitución de la Unión Europea: contexto, reforma y virtualidad”, *Revista Valencia d’Estudis Autònoms (Ejemplar dedicado a Europa en la encrucijada)*, núm. 43-44, 2004, pp. 100-153.

³⁶ Según Raz, por ejemplo, para que un texto se le pueda dotar con semejante nombre, deberá cumplir 7 requisitos (incluir una división de poderes, estar escrita, dotada de estabilidad y tener mecanismos de defensa frente a su revisión, ser considerada como la Grundnorm, ser justiciable y expresar una voluntad e ideología común y compartida). *Vid.* RAZ, J.: “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, en ALEXANDER, L. (Ed) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 152-154. En este sentido, los siete elementos se ven reflejados en el Derecho primario de la UE, tal y como explico en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.*”, pp. 345-350. Resulta interesante también el análisis histórico y tipológico que hacen HASEBE, Y. y PINELLI, C.: “Constitutions”, en TUSHNET, M FLEINER, T. y SAUNDERS, C. (Eds) *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge-Taylor&Francis, New York y Londres, 2013, pp. 9-20.

³⁷ CRAIG, P.: “Constitutions, Constitutionalism and the European...*op.cit.*”, p. 127.

³⁸ Para un examen sobre las objeciones y la defensa de este último, *vid.* TORRES PÉREZ, A.: “En defensa del pluralismo constitucional...*op.cit.*”, pp. 166-176.

³⁹ BÖCKENFÖRDE, M. y SABSAY, D.: “Supranational organizations and their impact on national constitutions” en TUSHNET, M FLEINER, T. y SAUNDERS, C. (Eds) *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge-Taylor&Francis, New York y Londres, 2013, p. 476; y PANZERA, C.: “La ‘voce’ del Comitato europeo dei diritti sociali”, en CARUSO, B. y FONTANA, F. (coords.). *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 253-270: el citado autor apunta la tendencia a una garantía integrada de los derechos humanos extraída de los varios niveles internacionales (p. 254). Y, del mismo autor, ya con anterioridad, PANZERA; C.: “Il bello dell’essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno LIX, Fasc. 1, 2009, pp. 1-43.

⁴⁰ Pérez Royo explica la correspondencia entre el Derecho Político y el Derecho Constitucional, aludiendo a las razones de ese necesario cambio, mientras, Jiménez de Parga la criticaba. *Vid.*, en tal sentido, tanto PÉREZ ROYO, J.: “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12 (mayo-agosto), 1992, pp. 233-234: “la Constitución, sin dejar de continuar siendo el **presupuesto político** [...] premisa indispensable del ordenamiento, **no se queda confinada en esa función, sino que traspasa ella misma la línea divisoria entre la política y el derecho, convirtiéndose, además de en documento político, en norma jurídica.** [...]”

el estudio y las técnicas para estructurar y limitar los órganos del Estado, o, si se prefiere, para articular jurídicamente el poder político. Como hemos visto, el aparato político propio de la UE se ha constituido bajo una “gobernanza supranacional y un elevado grado de multilateralismo”⁴¹, mediante fuerzas intergubernamentales y supranacionales.

Así se ha visto reflejada en la supracitada estructuración, de manera explícita, la voluntad y el pacto originario que fraguaron los EEMM en los Tratados, y que, a día de hoy, fraguan también los ciudadanos europeos a través de las instituciones que velan por sus intereses (el Parlamento Europeo y la Comisión Europea). Por ello, este compromiso político se ha calificado como “*singular «proceso constituyente» del constitucionalismo europeo, manifestado a través de una voluntad de negociación y renegociación a lo largo de un «continuum» constitucional*”⁴². Por otra parte, la UE también ha visto su estructura político-jurídica nutrida a través de las “comunitarización de los valores propios del constitucionalismo”⁴³, lo que quizás explique el énfasis de algunos autores en hablar no tanto de una unión de Estados sino de una “unión de constituciones”⁴⁴, y lo que quizás quede fundamentado por el énfasis en las “tradiciones constitucionales comunes” que articulan los propios tratados constitutivos (en especial la CDFUE).

Uno de los elementos que comparte el constitucionalismo europeo con el resto de ordenamientos constitucionales es precisamente que este no sería concebible ni podría existir sin los derechos fundamentales. El “*estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*”⁴⁵ es incontestable. Es casi máxima absoluta en nuestra disciplina que una comunidad política cuyo texto

El Derecho Político se convierte en Derecho Constitucional [...] cuando esto ocurre, la Constitución deja de ser simplemente norma orgánica que regula el procedimiento a través del cual se constituyen y actúan los poderes, los órganos del Estado, para pasar a convertirse en una norma, que, además de hacer todo esto, condiciona el ejercicio del poder [...] Las garantías constitucionales son, pues, las que han hecho que el Derecho Político se convierta en Derecho Constitucional” (énfasis nuestro); como JIMÉNEZ DE PARGA, M.: “Del Derecho Político al Derecho Constitucional, y el TC en medio”, *ABC*, 10-06-09. Disponible en: <https://www.abc.es/20090610/opinion-tercera/derecho-politico-derecho-constitucional-200906100404.html>

⁴¹ Nos gusta especialmente la descripción que hace Cascajo Castro de la UE, como “*una estructura de gobierno multinivel [...] y como una] democracia compuesta [...] dónde la soberanía está fragmentada y difundida a través de líneas institucionales y territoriales, lo que se traduce en una separación múltiple de poderes, desde el punto de vista institucional, y desde el funcional, en un proceso de toma de decisiones no monopolizable por una sola institución [...] sistema de gobernanza supranacional y un elevado grado de multilateralismo*”. Vid. CASCAJO CASTRO, J.L.: “Constitución y derecho constitucional en la Unión...*op.cit.*”, p. 93.

⁴² *Id.* p. 99.

⁴³ *Id.* p. 94.

⁴⁴ *Id.* p. 101.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 15.

constitutivo no establece la separación de poderes ni garantiza los derechos fundamentales no tiene realmente una constitución (rememorando la clásica definición de Constitución que estableció el artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789). Sobre esto último, los derechos fundamentales constituyen el núcleo esencial de cualquier ordenamiento constitucional, siendo tales derechos mandatos y límites del poder. Esto representa la lógica material de cualquier texto constitutivo, y, por extensión, del llamado Estado Constitucional Democrático de Derecho, de tal forma que en el horizonte del constitucionalismo los derechos desempeñan una doble función: en su dimensión subjetiva, son garantías de la libertad contra injerencias externas, y en su dimensión objetiva, son premisas para asegurar el mantenimiento de la democracia y factores esenciales para la consecución de los objetivos y valores constitucionalmente proclamados. Häberle también lo dejó claro al destacar, como elementos constitutivos de un Estado Constitucional, los procedimientos democráticos, la existencia e independencia de las garantías jurisdiccionales y la apuesta por los derechos fundamentales; todo lo cual puede ser “exportado” a otras dimensiones del constitucionalismo⁴⁶. En el caso europeo, una lectura conjunta de los arts. 2, 3 y 6 del TUE ofrecen una mejor comprensión de este asunto. En definitiva, la existencia de un verdadero Estado Constitucional comienza y termina con su reconocimiento y tutela de los derechos y el caso europeo, sin duda, se ubica en esta categoría.

No obstante, retomando las reflexiones sobre los retos de la era tecnodigital, en tiempos de globalización, o lo que Beck llamó en su momento la “modernidad avanzada”⁴⁷, este poder ha trascendido incluso el aparato público-estatal e incluso supranacional. En la práctica, vemos este poder desplazado y en manos de grandes corporaciones: *“el ascenso al poder de ciertos monopolios basados en la red coincide con un nuevo tipo de religión basada en la inmortalidad”* (traducción propia)⁴⁸. La innovación tecnológica y la transformación digital han propiciado un aumento inaudito de la cantidad de información personal disponible en la Red, reformulando los modelos sociales y económicos. Por un lado, las NTIC ya no están vinculadas a un sector específico, sino que constituyen la base desde la cual se construyen los sistemas económicos y los modelos de negocio modernos. Por otro, la información (sobre todo la

⁴⁶ HÄBERLE, P.: *El estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 68-70.

⁴⁷ BECK, U.: *Risk Society, Towards a New Modernity...op.cit.*, p. 19

⁴⁸ LARNIER, J.: *Who owns the future...op.cit.*, p. 310.

información de carácter personal) se ha monetizado y convertido en poder: es el nuevo petróleo del siglo XXI⁴⁹, seguramente máspreciado que el oro.

Esta transmutación se puede constatar a la vista del impacto de los actuales jugadores clave en el tablero socio-económico; Google se ha convertido en *san Google*⁵⁰, Facebook se ha convertido en *Facebook Nation* y *YouTube* e *Instagram* han pasado de ser plataformas de contenidos audiovisuales y redes sociales a convertirse en los mayores intermediarios de empleo del planeta (llamándose sus trabajadores indirectos, *influencers*)⁵¹. La Red tiene un potencial transformador evidente: su omnipresencia y la infinitud de posibilidades que ofrece para digitalizar y difundir todos los aspectos de la vida son características dignas de destacar, que ampliaremos más adelante. Ha sido, sin duda, una pieza clave de los avances de la informática y la tecnociencia, e incluso podríamos decir que ha sido el elemento tecnológico más difundido y el que más rápido ha sido acogido desde el invento del teléfono móvil⁵². Con ella se han extendido nuevos espacios de libertad, de conexión humana, de acceso a la información y al conocimiento, entre los que destacaremos, a lo largo de este trabajo, las redes sociales y los motores de búsqueda, en el contexto más amplio de la Red, e incluso, ampliando más, del ciberespacio.

No obstante, si bien las NTIC han traído innumerables ventajas, todo progreso (y en especial el técnico) tiene sus riesgos. Así, hemos presenciado (y seguimos envueltos) en un auténtico “dilema digital”⁵³. Alterando ligeramente la propuesta de Lucchi, dotándola de un enfoque *iusfundamental*, este se ha convertido en la expresión indicativa del conflicto entre la necesidad de no limitar la difusión del contenido digital y la necesidad de proteger adecuadamente los derechos de las personas. En el contexto de un mundo globalizado y cada vez más avanzado, la innovación tecnológica y la transformación digital, así como la particular complejidad e infinidad de posibilidades que ofrecen, traen

⁴⁹ WORLD ECONOMIC FORUM: *Personal data. The emergence of a new asset class*, 2010, p. 5. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf

⁵⁰ SANCHO, X.: “San Google”, *El País*, 21 de febrero de 2016. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/02/19/estilo/1455888392_717428.html

⁵¹ WERTZ, J.: “How Businesses And Influencers Are Monetizing Instagram”, *Forbes*, 31-12-2019. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/jjawertz/2020/12/31/how-businesses-and-influencers-are-monetizing-instagram/>

⁵² Resulta realmente interesante ver la evolución y adopción mundial de ciertas innovaciones tecnológicas. Vid. los esquemas interactivos del trabajo conjunto de RITCHIE, H. y ROSER, M.: “Technology Adoption”, *OurWorldInData.org*, 2020. Disponible en: <https://ourworldindata.org/technology-adoption> . Vid. asimismo, DESJARDINS, J.: “The Rising Speed of Technological Adoption”, *Visual Capitalist*, 2018. Disponible en: <https://www.visualcapitalist.com/rising-speed-technological-adoption/>

⁵³ LUCCHI, N.: *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà...op.cit.*, p. 11.

problemas diversos: lo que algunos han llamado la “colonización” de la intimidad y la vida privada a través de medios tecnológicos⁵⁴ y otros han generalizado con el apropiado lema de “privacidad menguante, datos crecientes”⁵⁵.

Las primeras palabras que enunciaba Beck en su obra *Sociedad de Riesgo*, son realmente reveladoras y, a pesar de formularse cuando las NTIC, y en particular la Red, estaban todavía en su estado embrionario, siguen siendo de gran relevancia y actualidad en los tiempos que corren⁵⁶, pues reflejan a la perfección cómo el éxito y proliferación de los avances tecnológicos traen necesariamente consigo riesgos y amenazas. Con independencia de las preferencias calificativas de la Red como una infoesfera⁵⁷, un “microcosmos” o un “macrocosmos” digital⁵⁸, desde luego es comparable con el propio universo, como un metaespacio y sistema incorpóreo de difícil (cuando no imposible) acotamiento, pues se concibe sin fronteras y se rige bajos sus propios términos y reglas. Incluso podríamos decir que la Red, ese espacio inmaterial, pero que se materializa tan claramente en todas las facetas de nuestra vida, se ha convertido en una suerte de *lingua* (o *religio*) *franca* de la humanidad; en contraste con la noción de Dios, ¿quién no sabe que existe (y cree firmemente en) la red Internet?

Sin entrar en detalles sobre la historia de Internet⁵⁹, sí que resulta importante, para saber lo que nos depara el futuro, y cómo surge la necesidad del derecho al olvido, marcar algunos aspectos importantes sobre su singular⁶⁰ naturaleza y utilización, y, por tanto, los elementos que lo convierten en un riesgo para los derechos fundamentales. Destacaremos

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, Editorial Universitas, Madrid, 2012, p. 42.

⁵⁵ HERNÁNDEZ MARTÍN, M.A.: “La privacidad: una mirada desde la economía”, en APARICIO VAQUERO, J.P. Y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.) *En torno a la privacidad y a la protección de datos en la sociedad de información*, Comares, Granada, 2015, p. 3.

⁵⁶ BECK, U.: *Risk Society, Towards a New Modernity...op.cit.*, p. 19: “la producción social de riqueza va sistemáticamente acompañada de la producción social de riesgos [...] los problemas y conflictos relacionados con la distribución en una sociedad caracterizada por la escasez se superponen a los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y distribución de los riesgos producidos a nivel tecnológico” (traducción propia).

⁵⁷ TADDEO, M. y FLORIDI, L.: “The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers”, *Science and Engineering Ethics*, núm. 22, 2016, p. 1576.

⁵⁸ Vid. respectivamente, PÉREZ LUÑO, A.E.: “Internet y los derechos humanos”, *Derecho y conocimiento*, Vol. 2, 2002, p. 104; y DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital: Efectos de Google Spain y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 65.

⁵⁹ Para muestra un botón. Vid. RYAN, J.: *A History of the Internet and the Digital Future*, London, 2013.

⁶⁰ Utilizamos aquí el término singular por dos razones. Primero y evidentemente, como sinónimo de particularmente excepcional, dados los elementos tan característicos de la misma, y segundo, y menos desarrollado por la doctrina, en relación al concepto de la “singularidad” de las NTIC: “singularity is the idea that not only is technology improving, but the speed of improvement is increasing as well”. Vid. LARNIER, J.: *Who owns the future...op.cit.*, p. 325.

cuatro elementos que consideramos los más significativos en el marco de este trabajo, los cuales, dada su inherente interconexión e interdependencia, se tratarán sin ningún orden particular, en las siguientes páginas: en primer lugar, su generabilidad⁶¹ innata; en segundo lugar, el uso que de ella hacen los internautas; en tercer lugar, la capacidad de los motores de búsqueda para acceder a lo más recóndito de su memoria y facilitar esa información de manera instantánea, todo lo cual produce una de-contextualización y efecto eternizador de la información, y, por último, su falta de neutralidad y sus discriminaciones insertas en los algoritmos de que se alimenta y constituyen su esencia.

La generabilidad de la Red la hace capaz de asumir una amplia gama de tareas, de adaptarse a un amplio espectro de escenarios, es capaz de crear y almacenar contenidos ilimitados de manera irrestricta, y es la principal fuente de los riesgos que percibimos que ella misma genera. Esta circunstancia, además, le ha otorgado la capacidad de extraer, interrelacionar, catalogar y perfilar a la persona, a partir de la información vinculada a ella disponible en la Red, lo que ha puesto todavía más en entredicho la protección efectiva del individuo en la era digital. Por un lado, en tanto que desaparecen los elementos espacio-temporales en la creación y difusión de contenidos, por la apertura a múltiples formas de almacenamiento indefinido y, por otro, en tanto la experiencia humana y memoria social están relegadas a un cúmulo sin fin de bancos de datos, se asienta la “memoria digital”, que trataremos con exhaustividad más adelante, y se crea la llamada “identidad digital”⁶² o “nuestro doble [o gemelo] digital”⁶³. Aunque la identidad digital se ha estudiado desde varias perspectivas, aquí nos referimos a la identidad digital como una versión más amplia de la ‘identidad en línea’, que propone Bernal. Para él, la noción de identidad tiene dos vertientes: en su dimensión social, la describe como la consideración del individuo en relación con otros, y, en su dimensión personal, la interpreta como la construcción interna del individuo como autónomo y en virtud del desarrollo de su personalidad en el mundo en línea⁶⁴. Para otros autores, se trata más bien

⁶¹ ZITTRAIN, J.: “The Generative Internet”, *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2006, p. 1981.

⁶² ALAMILLO DOMINGO, I.: “La identidad digital en la Red”, en RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.) *Derecho y Redes Sociales*, Civitas, Navarra, 2013, pp. 39-46; y FLORIDI, L.: “The Construction of Personal Identities Online”, *Minds and Machines*, Vol. 21, núm. 4, 2011, pp. 477-479.

⁶³ BUITELAAR, J.C.: “Privacy and Narrativity in the Internet Era”, *The Information Society*, Vol. 30, núm. 4, 2014, p. 266: “information that is available about her in the Internet environment, also known as her digital double. This digital double has evolved into more than a mere copy of the real-life person. In the Web 2.0 context, online identity is becoming something much more complex than a matter of authentication of an online actor to a real person”.

⁶⁴ BERNAL, P.: “The right to online identity”, *Working Paper*, 2012, p. 5.

de una identidad narrativa desarrollada, y, por ende, plasmada en los espacios virtuales⁶⁵. La combinación de ambas comprensiones resulta muy útil a la hora de aplicar el desarrollo del ‘yo’ y la identidad en el mundo digital actual y globalizado.

Por otro lado, el surgimiento de la autonomía y el auge de las libertades informativas son, sin duda, otros elementos significativos que merecen ser destacados aquí; en especial, el auge de la libertad de expresión. La tendencia que llevamos viendo estas últimas décadas, sobre todo en el ámbito de las redes sociales, en el cual el usuario es simultáneamente generador y sujeto del contenido disponible en línea, ha supuesto “*un cambio en la filosofía, una actitud, una forma de hacer las cosas que identifica el uso actual de Internet que hacen tanto los internautas como las empresas, pasando de ser meros consumidores a productores y creadores de contenido*”⁶⁶. En los tiempos de *Instagram, Facebook, TikTok*, etc., se ha democratizado la ‘publicación’ en línea de todo tipo de contenidos e información y esta ha devenido automática, incuestionable y casi impararable. De ahí que una de las mayores preocupaciones de esta nueva realidad socio-digital, en este contexto, sea no sólo la llamada “paradoja de la privacidad”, que declara que la gente, a fin de cuentas, no se preocupa tanto como dice por la privacidad, pues constantemente está cediéndola sin valorar sus consecuencias⁶⁷, sino también la facilidad de obtener datos personales, de relacionarlos, y que la Red y todos sus participantes sean factores determinantes de la portada o identidad digital. Esta afectación de la identidad digital impacta el desarrollo libre y autónomo de la persona, su capacidad de decidir quién quiere ser, o qué faceta quiere mostrarle al mundo; este aspecto será objeto de nuestro estudio especialmente en el caso de las víctimas de ciberacoso y las víctimas de otras prácticas de violencia (de género) *online* que se han visto despojadas de esa identidad. En palabras de Rodotà:

⁶⁵ BUITELAAR, J.C.: “Privacy and Narrativity in the Internet Era...*op.cit.*”; y GOMES DE ANDRADE, N.N.: “Human Genetic Manipulation and the Right to Identity: The Contradictions of Human Rights Law in Regulating the Human Genome”, *SCRIPTed*, Vol. 7, núm. 3, 2010, p. 432: “*an individual’s inner story that each person needs to build, develop and rewrite over time in order to define the meaning of their lives*”.

⁶⁶ HEREDERO CAMPO, M.T.: “Web 2.0: Afectación de derechos en los nuevos desarrollos de la web corporativa”, *Revista Cuadernos Red de Cátedras Telefónica*, núm. 6 (mayo), 2012, p. 8

⁶⁷ Vid. CHEN, H.T.: “Revisiting the Privacy Paradox on Social Media With an Extended Privacy Calculus Model: The Effect of Privacy Concerns, Privacy Self-Efficacy, and Social Capital on Privacy Management”, *American Behavioral Scientist*, Vol. 62, núm. 10, 2018, pp. 1392-1412; y HULL, G.: “Successful Failure: What Foucault can Teach Us about Privacy Self-Management in a World of Facebook and Big Data”, *Ethics and Information Technology*, Vol. 17, núm. 2, 2015, pp. 89-101: “*People say that they value their privacy. However, when they are offered the opportunity to trade private, personal information for immediate but minor benefits such as access to a website, they routinely do so*”.

“se ha construido un nuevo espacio, no definible con las tradicionales referencias a lo público y a lo privado; andamos buscándonos a nosotros mismos y encontramos alguna información, a veces lejanísima, mixtificada, falsificación total de nuestra identidad, que cualquiera puede confeccionar y colgar en la red [...] una imaginaria biografía nuestra que los motores de búsqueda dejen luego disponible a quien la quiera usar”⁶⁸.

Buitelaar también ha plasmado maravillosamente este hecho y las inquietudes derivadas del mismo, y nos atrevemos a decir que incluso alude a las premisas del derecho al olvido⁶⁹. Recuerda la referencia al círculo virtuoso de las NTIC, y es precisamente este círculo virtuoso el que acaba convirtiéndose en un círculo vicioso del que no hay escapatoria: la autonomía, y por ende la confianza que la Red proporciona a aquellos que más necesitan de ella para el desarrollo de su autonomía, identidad y de un sentimiento de pertenencia, conduce a riesgos basados precisamente en las consecuencias naturales de esa paradoja de la privacidad, pues, aunque algunos utilizan el anonimato que ofrece la Red como recurso valioso que les permite desarrollarse y opinar libremente sobre su identidad y sus experiencias vitales sin temor a represalias, otros confían ciegamente en la neutralidad y apertura con la que se la etiqueta; volveremos a esto en unos momentos.

La Red también tiene un papel importante como sistema de referencia digital ante una nueva Sociedad de la Información, a saber, una suerte de Sociedad de la Búsqueda (*The Search Society*)⁷⁰; es decir, como sistema a través del cual se puede acceder para buscar, cruzar, relacionar y comprobar todo tipo de datos e información. Existe casi una presunción, *iuris et de iure*, de que, si la información existe, está en la Red, y existen

⁶⁸ RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos* (trad. REVUELTA LÓPEZ, J.M.), Trotta, Bolonia, 2014, pp. 309-310.

⁶⁹ BUITELAAR, J.C.: “Privacy and Narrativity in the Internet Era...*op.cit.*, p. 266: “Persons acting in the virtual environment put a lot of effort into authoring their online identity or, better put, composing a story of a life that has a credible personality. In so doing, they apply narrative techniques, which they apply with greater abundance in the virtual environment where they have much more freedom to express parts of their personalities, traits, and desires than they have in real life. Some people seek to adjust the Wikipedia article on them and make it more favorable to them. Others attempt to eradicate all information about them on the Internet. Yet others put the maximum amount of information about their private affairs on the Internet, reasoning that high exposure will enable them to keep those parts of their private lives they cherish most hidden from the public eye. At the same time, there is also a loss of control by the individual over identity construction in the online world, as anyone who so chooses can construct partially or even completely the digital double of someone else. This story may pretend to hold an equally valid claim of presenting the true story of that person’s life, as the story constructed by the person whose data circulate in cyberspace. How could the story that others construct of one’s life be closer to or further from the truth than how one wishes to present it oneself?”.

⁷⁰ BROCK, G.: *The right to be forgotten: Privacy and Media in the Digital Age*, Reuters Institute for the Study of Journalism/Oxford University– I.B. Tauris, Londres, 2016, pp. 17-20.

subsistemas que se encargan de ayudar a encontrarla más fácilmente. Precisamente, otra de las mayores preocupaciones respecto a las amenazas de la Red a los derechos personalísimos es el perfeccionamiento de los motores de búsqueda, aprovechándose de la creación, almacenamiento y difusión instantánea e universal de la información, y por tanto, como consecuencia natural, la indeleble perennidad de la información publicada y compartida en la Red, han facilitado la búsqueda, identificación, clasificación y localización aparentemente ordenada, pero descontextualizada y de manera irrestricta, de toda clase de información; esto, en el caso de los datos personales, como información que identifica y afecta a los derechos personalísimos de los ciudadanos, implica una potencial distorsión de la identidad digital, la percepción social de la persona, y por ende, de su desarrollo presente y futuro.

Las reflexiones iniciales, si bien con un lenguaje distinto y obsoleto (propio de la época y del juego cruel entre el inalcanzable correccaminos tecnológico y el coyote jurídico), sobre estas cuestiones son igualmente interesantes. En tal sentido, a la noción de descontextualización le precedió la “fragmentación”:

*“el problema, en una palabra, es la fragmentación [...] el ser humano **está separado de sí mismo** por una nueva mediación, la de los **medios de comunicación** que sustituyen en todas partes el libre juego de la vida y de su sensibilidad por la **copia de un universo irreal, artificial, estereotipado, envilecedor, donde la vida ya no puede sino huir de sí misma, en lugar de realizarse**[...]no solo la relación con los demás sino también la relación con uno mismo se convierten en una relación consumida [...] una relación **mediatizada por un sistema de signos**”* (énfasis nuestro)⁷¹.

Ya lo dijo Rosen: la Red santifica la muerte del olvido⁷². En efecto, uno de los problemas de los motores de búsqueda es que la Red entera está a sus pies, para buscar, recopilar, conectar, trazar, estructurar y poner a disposición de manera masiva e instantánea todo lo que en ella se guarda. Por sus algoritmos continuamente perfeccionados, nuestro pasado es un pasado digital congelado, pues la absoluta e infalible memoria digital exagera la dificultad de poner los eventos en su secuencia temporal adecuada. Cuando se efectúan búsquedas a partir de un nombre, la información

⁷¹ DE KONINCK, T.: *De la dignidad humana*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2006, p. 65.

⁷² ROSEN, J.: “The Web Means the End of Forgetting”, *New York Times*, 2010. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html>

y los datos son despojados de su contexto. La persona pierde el control de construir su propia identidad y decidir sobre su futuro, pues pierde la capacidad de decidir quién quiere ser y cómo quiere actuar en el presente, puesto que está constantemente perseguida y obstaculizada por ese pasado congelado y revivido, de manera automática, cada vez que se efectúa una búsqueda con su nombre. Por ello es relevante mencionar aquí la contribución de Nissenbaum, al introducir el concepto de “integridad contextual”⁷³, siendo en este en el que nos apoyaremos para denominar y basar una faceta del ejercicio del derecho al olvido en la era digital como un derecho a la re-contextualización digital.

Lo cierto es que tratamos a los motores de búsqueda como indexadores objetivos de la información de Internet al servicio de los internautas, olvidando a veces que su objetivo principal es sobrevivir y prosperar como empresas, que son entes con ánimo de lucro. Por eso, otro de los problemas que comparten todos los actores que operan en la Red, en especial, las redes sociales, los motores de búsqueda y las empresas con presencia virtual, es que, para proporcionar sus servicios gratuitos (sea un periódico, una red social o un servicio de indexación digital), tienen que depender de la publicidad para obtener beneficio; y esto lo hacen a través de la cesión de datos personales (tanto los datos personales directamente proporcionados por el usuario, como aquellos recogidos en función de su comportamiento en la plataforma correspondiente; debemos recordar el lema de la era actual: si no pagamos por algo, nosotros somos el justipreciado producto)⁷⁴.

Enlazando estas cuestiones con la personalización y la llamada “neutralidad de la Red” (o como Denardis reformula, la “no neutralidad de la neutralidad de la Red”)⁷⁵, otra de las mayores preocupaciones respecto a las amenazas a los derechos y libertades fundamentales en la red es hoy la detección y el control de potenciales manipulaciones y decisiones altamente discriminatorias por parte de los instrumentos a disposición de

⁷³ NISSEMBAUM, H.: *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, Stanford, 2010.

⁷⁴ Un análisis de lo más acertado sobre estos “regalos [envenenados] digitales” lo realiza Floridi: “*we live on the good side of the digital divide and that we enjoy all the amazing fruits of our technological developments. And all these, free of charge. They make every day feel like Christmas. End of story? Not quite. Think more carefully and critically and you will realise that “timeo Danaos et dona ferentes” may still apply. The Latin phrase means “I fear the Greeks even when they bear gifts”. In the Aeneid, Virgil makes the Trojan priest Laocoön utter this now proverbial line, in his attempt to warn the Trojans not to accept the famous wooden horse left by the Greeks as an apparent gift. We know how it ends. And yet, we seem to be falling into the same trap [...] As long as it is rational to offer gifts in return for increasingly less privacy and higher advertising revenues do not expect much improvement in the future”.* Vid. FLORIDI, L.: “Free online services: Enabling, disenfranchising, disempowering”, *Philosophy & Technology*, Vol. 28, núm. 2, 2015, pp. 163-166.

⁷⁵ DENARDIS, L.: *The Global War for Internet Governance*, Yale University Press, Nueva York, 2014, pp. 131-152.

Internet y sus operadores, en especial el caso de la Inteligencia Artificial, Big Data y *Machine Learning*. Todas ellas se construyen sobre la base de una recopilación masiva de información, en muchas ocasiones de carácter personal, permitiéndole a los programas mejorar la capacidad y calidad de la respuesta. Al depender de procesos de recopilación y análisis masivo de datos personales, y poder configurarse con un propósito concreto y definido, quedamos a merced de lo que nos quieran ‘vender’ como lo ‘verdadero’, lo ‘conveniente’, lo ‘necesario’ o lo que ‘nos interesa’, en función de nuestro perfil tan concreto de persona, todo ello bajo el espejismo de la mejora del servicio, de la experiencia personalizada y de la libertad informativa, mientras se socavan los propios fundamentos de la democracia⁷⁶. Quizá por ello Szekely reflexiona por qué se tiende a hablar de la E-democracia y no de la E-dictadura, a pesar de tener la segunda más oportunidades y materialización en la era actual⁷⁷ con las prácticas comunes de *political profiling* o *micro-targeting*, teniendo el ejemplo emblemático del escándalo de *Cambridge Analytica*. Quizás por ello Rodotà también ha criticado fuertemente la “dictadura del algoritmo”:

“a las tecnologías de la información y de la comunicación les ha sido atribuida una virtud, la de hacer más transparente la sociedad con el posible establecimiento de controles difundidos sobre el poder, sobre cualquier poder. Pero cuando el algoritmo se convierte en el fundamento mismo del poder ejercido por un sujeto, como en el caso bastante enfatizado de Google, y cuando todo cuanto le rodea está sumido en el máximo secretismo [...] no solo tutelan toda actividad sino que se adueñan, directa o indirectamente de la vida misma de las personas [...] en la vida cotidiana [...] [en la que] se insinúa el germen de nuevas discriminaciones nace el ciudadano, ya no libre, sino ‘perfilado’, prisionero de mecanismos que ni sabe ni puede controlar”⁷⁸.

En similar línea, Del Fresno recientemente ha hablado de la transformación del antiguo al nuevo autoritarismo, propulsado por la “hegemonía global” de las plataformas sociales y digitales como entes “con vocación de estados paralelos” y cuyo poder, resultante de la acaparación de información privada, como bien apunta, ha superado con creces las prácticas de los servicios de inteligencia alemanes previos a la caída del muro de Berlín

⁷⁶ BOWERS, C.: *Digital Detachment. How computer culture undermines democracy*, Routledge, Nueva York, 2016.

⁷⁷ SZEKELY, I.: “The Right to Forget, the Right to be Forgotten...*op.cit.*, p. 350.

⁷⁸ RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos...op.cit.*, pp. 361, 264-365.

y ha dado lugar a un nuevo tipo de guerra fría y a la posmodernas relaciones de dominación por definir la realidad⁷⁹. Llegados a este punto, es menester citar la obra revolucionaria *The Filter Bubble*⁸⁰. Esta lectura, absolutamente necesaria para todos aquellos que utilizan, en menor o mayor medida, cualquier aspecto de la Red, demuestra los peligros de la personalización masiva, en tanto que retroalimentación de lo que los algoritmos predictivos han decidido que somos y queremos, y que afecta no sólo a cómo nos llega la información, sino también a qué nos llega (y que no) y cómo reaccionaremos ante ella, lo que atenta contra los valores más sacrosantos de la democracia. Las NTIC, o al menos, el uso que se hace de ellas, no es neutral, pues modifica la forma en la que percibimos a las personas y los sucesos que nos rodean, y determina cómo respondemos a ellos, como individuos y como colectivos dentro de la sociedad⁸¹. Y esa toma de decisión está cada vez más influenciada por lo que quieren enseñarnos en función de lo que los datos les dicen que nos gustará escuchar, y una vida (sea la real o la virtual) sin verdadera libertad, totalmente predecible, depurada y dirigida no merece la pena vivirla. La “*inducción algorítmica conduce a una suerte de determinismo informativo, en el que nuestros clics deciden nuestro futuro*”⁸². Por ello, si no somos los dueños de nuestro pasado, de la información personal que vamos dejando en la Red, estamos condenados a que se repita nuestra historia (de navegación) y no necesariamente por voluntad o decisión propia.

Volvamos a la publicidad comportamental, donde, a través del uso de las NTIC, se puede llegar a conocer los hábitos de comportamiento del usuario en la red, con el propósito de ofrecerle publicidad personalizada. Esto hace más que posible la realización de perfiles, con el beneficio económico que supone para ciertas industrias frente al consiguiente riesgo de discriminación, y, en cualquier caso, se pone de manifiesto la evidente pérdida de control sobre la información personal. El riesgo de la discriminación digital, a través del fenómeno de la personalización, o de la recopilación masiva de datos

⁷⁹ DEL FRESNO, M.: “Duelo de gigantes: Estados impotentes y plataformas asociales globales” en el *Webinar Trump contra Twitter. Regulación de las plataformas online y libertad de expresión en Estados Unidos y Europa* celebrado el 4 de junio de 2020.

⁸⁰ PARISER, E.: *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding From you*, Penguin Books, London, 2011.

⁸¹ BENYEKHFLEF, K., COUTURE-MÉNARD, P.A., y PAQUETTE-BÉLANGER, E.: “Menores, redes sociales y el derecho al olvido” en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Ed.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Reus- Fundación Solventia, Madrid, 2011, p. 223.

⁸² PARISER, E.: *The Filter Bubble... op.cit.*, p. 135.

también puede verse acrecentado con motivo de los procesos de decisión supracitados. Martínez Martínez lo formula en los siguientes términos:

“depende ineludiblemente de la calidad de los datos y del funcionamiento material del algoritmo. Si este presenta algún tipo de sesgo, puede originar discriminación. Podemos identificar impactos del más variado tipo, a partir de ejemplos realmente existentes: [...] En procesos de selección de personal o de evaluación de la calidad de la prestación laboral puede producir efectos discriminatorios; por ejemplo, fomentar despidos injustos [...] el ámbito de la seguridad pública se ha demostrado la existencia de programas de asistencia que orientan el desarrollo de la actividad policial a la detención de minorías [...] Las posibilidades que ofrece la IA en el campo del scoring bancario, o la determinación de riesgos actuariales, apuntan a un mundo en el que el riesgo de discriminación por razones laborales, educativas o de salud podría estar muy presente. Es más, en un escenario teórico podría acabar discriminándose a una persona por su código postal”⁸³.

En efecto, la problemática suscitada por las prácticas de una suerte de *simonía posmoderna* con respecto a la función de los actores corporativos de la Red y el posicionamiento en los resultados obtenidos por los motores de búsqueda en función de la capacidad económica, tiende a confirmar que nos movemos en un espacio ya de por sí manipulado y no necesariamente sostenido sobre la premisa de la democracia y la libertad de expresión, sino sobre otros intereses menos honrados. Los paradigmas de la inequidad siguen repitiéndose en esta nueva fase de la modernización, si bien en la trastienda de nuestra realidad cotidiana. Sin duda, la Sociedad del Riesgo de Beck se ha visto alterada ante fenómenos y avances, que si bien eran inimaginables hace casi tres décadas, sus riesgos y las consecuencias para los derechos son igualmente perceptibles.

Es indiscutible que hemos perdido el control de nuestros datos personales y que, cada día que pasa, la tecnología y el uso (y abuso) que se hace de ella nos acercan cada vez más a los mundos distópicos en los que se han basado numerosas novelas y películas que pueblan las listas de superventas en todo el mundo. Así lo manifestaba el propio creador de la Red, Tim Bernes-Lee, con motivo del treinta aniversario de su gran obra maestra virtual, anunciando su plan de acción global para “salvar a la Red” de la manipulación

⁸³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, 2019, pp. 68-70.

política, las vulneraciones de la privacidad y protección de datos, y los fenómenos de las noticias falsas, entre otros, que nos están sumergiendo en una verdadera “distopía digital”⁸⁴. Aunque hablaremos de ello más adelante, su propuesta de contrato social para el mundo virtual (*Contract for the Web*) es un ejemplo claro del tipo de actuaciones y movimientos que generan un nuevo *status* jurídico mundial; es parte del camino hacia un constitucionalismo global, en el que mediante la colaboración de esfuerzos procedentes de la acción ciudadanía, la responsabilidad empresarial y el control estatal, sigue siendo posible una vida mejor.

Hasta entonces, y ante el “efecto Lázaro”⁸⁵ en su versión digital, la población mundial está dividida sobre cómo afrontar estos riesgos. Algunos han dado por sentado que utilizar las NTIC (bajarse *apps*, registrarse en las redes sociales, participar en las conversaciones y movimientos socio-culturales y hacer uso de las numerosas posibilidades que ofrece la Red) significa renunciar a cierto grado de privacidad (el argumento de la seguridad personal y nacional sobre la libertad/privacidad se ha reconfigurado en la era actual en torno al disfrute de la tecnología e inseguridad personal como un valor situado por encima de la libertad/privacidad). Otros, han dado por sentado que tienen que convertirse en sus propios informáticos, acudiendo a numerosas prácticas, desde el uso de seudónimos o perfiles duplicados con nombres falsos, haciendo uso del *Ctrl+ Mayús+N*, para guardar el anonimato y no dejar rastro en el historial de navegación, deshabilitando los servicios de localización del móvil o las redes sociales, o con otras prácticas de “desinformación”, como apunta Ahearn⁸⁶.

Precisamente cabe aludir aquí a Frank Ahearn⁸⁷, como símbolo emblemático de otra alternativa a la que han acudido los internautas: el solicitar ayuda práctica y tecnológica para desaparecer, todo por un módico precio (sea mediante ayuda personalizada o

⁸⁴ SAMPLE, I.: “Tim Berners-Lee unveils global plan to save the web”, *The Guardian*, 24-11-2019. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2019/nov/24/tim-berners-lee-unveils-global-plan-to-save-the-internet>

⁸⁵ Frecuentemente citado en los años 2012 y 2014, cuando empezó el proceso de modernización del marco europeo de protección de datos y poco después de la archiconocida sentencia prejudicial del TJUE sobre el asunto Google Spain. *Vid.*, como ejemplo, BEL CACHO, D.: “La Huella Digital y el Derecho al Olvido en Internet”, *En Entornos Digitales*, 16-12-2014, disponible en: <https://www.socialnautas.es/la-huella-digital-y-el-derecho-al-olvido-en-internet/>; y ROMERO, P.: “Socorro: Quiero salir de la Red”, *El Mundo*, 04-03-2012, disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/20/navegante/1329749908.html>

⁸⁶ AHEARN, F.M. y HORAN E.C.: *How to Disappear. Erase your digital footprint, leave false trails and vanish without a trace*, Lyons Press, Guilford, 2010, pp. 43-78.

⁸⁷ Frank Ahearn pasó la mayor parte de su carrera localizando gente que no quería ser encontrada por el gobierno, se privatizó a sí mismo, comenzó a ayudar a las personas que necesitaban desaparecer o a aquellas que necesitan encontrar a alguien. Su interesante historia vital se puede encontrar, además de en el supracitado libro, en: <https://www.thewoolf.org/2017/12/01/conversation-frank-ahearn/>

comprando su libro, que funciona como guía de cómo hacerlo, bajo el lema *Erase your Digital Footprint, Leave False Trails and Vanish Without a Trace*). Existen otras plataformas y programas pro-derecho al olvido que también han apostado por ayudar a aquellas personas que quieren retomar el control sobre sus datos o quieren empezar de nuevo en el mundo virtual: destacamos, como ejemplos representativos en los últimos años *TOR*⁸⁸, *Brave*⁸⁹, *Deseat.me*⁹⁰ y *Justdelete.me*⁹¹.

Otros más precavidos, nos hemos decantado, mientras estudiamos a fondo el tema, por una suerte de “celibato” o “abstinencia” cibernética⁹², cuando hemos encontrado suficiente fuerza de voluntad para hacerlo y hemos podido asumir semejante sacrificio. Otros, más radicales, pero comprensiblemente guiados por el temor y el miedo de vivir en una sociedad de la cancelación (*cancel culture*), han decidido acotar las posibilidades para desarrollarse y expresarse libremente en la red, siendo meros sujetos pasivos y autocensurándose, para asegurar que nada de su pasado se vuelva un día contra ellos (bien sea por inmadurez, por desconocimiento, por cambio de ideas o por cuestiones considerablemente íntimas y personales, a través de un “me gusta”, una foto de dudosa prudencia, un twit, el haber asistido a un evento virtual con determinada ideología, religión, sobre temas sociales afectando a determinados colectivos sexuales, y un interminable etcétera)⁹³. En los tiempos del Covid-19, provocado por el SARS-CoV-2, hemos visto a los extremos a los que se ha llegado, con el fin de guardar cierta privacidad

⁸⁸ Acrónimo en inglés de “The Onion Router”. Este navegador, basado en un proyecto más amplio pro-privacidad de los sistemas de información y comunicación, se basa y apuesta por la anonimidad en la Red bajo el lema “Navega con Privacidad. Explora libremente. Defiéndete de la vigilancia de red y el análisis de tráfico. Elude la censura”. Ello se hace a través del aislamiento de cada sitio web visitado, impidiendo el acceso y seguimiento de los rastreadores de terceros y cookies e impide una identificación fácil al reenviar a otros servidores y cifrar el tráfico de navegación. Para más información y descargarlo *vid.* <https://www.torproject.org/es/>

⁸⁹ Otro navegador pro-privacidad y seguridad que bloquea publicidad por diseño y por defecto y que actualmente trabaja en asociación con DuckDuckGo, otro navegador seguro anti-rastreo. Disponibles en: <https://brave.com/?ref=dow217> y <https://duckduckgo.com/>

⁹⁰ En caso de que no quieras tener que iniciar el proceso de des-inscripción individual y manual de todo a lo que te has suscrito en la Red, los desarrolladores suecos crearon Deseat.me para ayudar a los interesados en borrar todas las cuentas creadas en los diferentes servicios y sitios web. Sólo tienes que escribir tu correo electrónico y contraseña para iniciar el proceso de escaneo y en cuestión de segundos Deseat.me proporcionará una lista de todos los sitios web en los que estás registrado y deja elegir qué cuentas desea eliminar.

⁹¹ Muestra la clasificación, por nivel de dificultad, de la posibilidad de borrar los perfiles y datos de los principales sitios de Internet y, de manera similar a Deseat.me, te ayuda a hacerlo.

⁹² Como ya anunciaba LARSEN, S.: *La reina en el palacio de las corrientes de aire*, Ediciones Destino, Barcelona, 2011, p. 380

⁹³ BARBA, A.: “Cultura de la cancelación”, *El País*, 06-12-2019. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/12/04/opinion/1575479967_372184.html; SUSARLA, A.: “Hate cancel culture? Blame algorithms”, *The Conversation*, 28-01-2020. Disponible en: <https://theconversation.com/hate-cancel-culture-blame-algorithms-129402>

y oscuridad digital, con prácticas tan opuestas a la cultura digital actual como dejar el móvil en casa, mantenerlo apagado o ponerlo en modo avión para evitar ese rastreo virtual de la pandemia al que tenía acceso el Gobierno, a través de las compañías de telecomunicaciones, bajo fines legítimos de recolección estadística y de extracción de patrones de movilidad para asegurar la salud pública⁹⁴, en el contexto del Estado de Alarma y las fases de desescalada.

En este nuevo entorno digital, en el que la información es universalmente publicada y compartida, casi a la velocidad de la luz, y su perennidad es consecuencia natural del sistema, en tanto los motores de búsqueda facilitan su búsqueda y descubrimiento, como veremos, el derecho a la protección de datos, y el derecho al olvido, jugarán un papel principal, como mecanismos para el control propio de los datos personales.

El uso excesivo que hoy se hace de la palabra ‘crisis’, según algunos, ha desgastado la riqueza real de tan característico término, empujándola en una espiral de devaluación imparables⁹⁵. No obstante, resulta verdaderamente apropiado, en una época de crisis global sanitaria inaudita, hablar también de la crisis global, e igualmente inaudita, de la descontextualización digital que han traído consigo las NTIC. Ante desafíos globales, sobre todo los que comprometen y erosionan gravemente los derechos, y por ende, inciden en valores como la libertad, la igualdad y la dignidad, el Derecho, desde todas sus ópticas y disciplinas, debe también responder en sentido global; sin poner freno al progreso en sí mismo, delimitarlo a través de su reglamentación jurídica, y reforzar el estatuto jurídico de la persona, instaurando mecanismos de garantía para el efectivo disfrute de sus

⁹⁴ Por supuesto, el debate no está en si se pueden recabar datos personales sobre movilidad y geolocalización de las personas (porque se puede, sea porque el propio ciudadano da su consentimiento, sea por razones imperiosas de un interés público como podría justificar una pandemia), sino más bien para qué fines se usan y bajo qué condiciones, pues tendrán que asegurarse una serie de garantías, entre ellas la agregación y la anonimización y su supresión cuando el tratamiento no sea necesario, para asegurar el derecho de protección de los datos personales y los principios que lo cimentan, y así estar en pleno cumplimiento de la normativa aplicable. No obstante, a pesar de que grandes expertos que han asegurado en que las inquietudes ciudadanas no están justificadas, ello no ha evitado que muchos españoles hayan tomado esa decisión personal para asegurarse ese derecho a ser dejados en paz, o derecho a la desconexión digital incluso sobre lo que hacen en la vía pública. No hay más que hacer una búsqueda conjunta de los términos ‘geolocalización’, ‘pandemia’ y ‘móvil’ en Twitter. Para las dudas suscitadas por esta práctica y las potenciales soluciones, *vid.* VASCO GÓMEZ, A.: “Seguimiento de dispositivos a través de geolocalización y Covid-19”, *Noticias Jurídicas*, 16-04-2020. Disponible en:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15060-seguimiento-de-dispositivos-a-traves-de-geolocalizacion-y-covid-19/>; PIÑAS MAÑAS. J.L.: “La protección de datos durante la crisis del coronavirus”, *Abogacía Española*, 20-03-2020. Disponible en:

<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-proteccion-de-datos-durante-la-crisis-del-coronavirus/>; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “A la muerte por protección de datos”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-03-2020. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/a-la-muerte-por-proteccion-de-datos/>

⁹⁵ DE KONINCK, T.: *De la dignidad humana*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2006, p. 59.

derechos más fundamentales. En momentos cruciales y críticos de la historia, la humanidad siempre ha intentado avanzar en la conquista de los derechos y libertades, consensuando, al más amplio nivel, reglas básicas de convivencia y de preservación de intereses comunes.

No podemos ignorar que, si bien la globalización, desde un punto de vista económico, ha tenido respuestas claras y concretas a las preguntas y desafíos suscitados en el contexto socio-digital, sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, sigue habiendo más preguntas que respuestas. Tanto la universalización de la informática, como la masiva, imparable y vertiginosa propagación del uso de las NTIC, con sus inagotables recursos, hacen posible (y hasta frecuente) la invasión de la privacidad. La reglamentación jurídica de la informática ha revestido un interés significativo, además de prioritario, debido a que la respuesta jurídica tiende a ir muy por detrás de los problemas tecnológicos, “*parcheando los baches y agujeros*” que estos últimos generan en el aparato social y jurídico⁹⁶. La relación entre el Derecho y la Tecnología ha sido ampliamente estudiada⁹⁷. No obstante, a pesar de que el Derecho ha tendido a poner coto ciertamente tardío a los problemas de “(in)seguridad jurídica” e “(in)seguridad informativa”⁹⁸, siempre ha avanzado con miras a reconocer nuevos derechos y garantías, a reforzar y proteger mejor los derechos ya existentes ante los nuevos retos que presenta la tecnociencia y siempre en aras de la dignidad, la libertad y la igualdad.

El Derecho, como herramienta para mantener el orden, resolver conflictos y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, debe establecer normas que ponderen los intereses en juego. A pesar de la necesidad de regular el nuevo medio que supone la Red (y los que en ella actúan), dadas sus especificidades, también es necesario adaptar el ordenamiento jurídico para garantizar el ejercicio y la conciliación entre derechos y libertades fundamentales, para poder así aprovechar las ventajas y oportunidades que brinda el progreso tecno-digital, a la vez que se aseguran la autonomía y el libre desarrollo de la identidad y la personalidad y, en última instancia, la dignidad.

⁹⁶ SÁNCHEZ BARRILAO, J.F.: “El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26 (julio-diciembre), 2016, p. 3.

⁹⁷ Vid. el análisis histórico que efectúa BELDA INIESTA, J.: *Consecuencias Jurídicas de las Grandes Innovaciones Tecnológicas: de la Imprenta a Internet*, Tesis Doctoral, Universidad Católica de Murcia, 2019, pp. 149-209.

⁹⁸ JIMENA QUESADA, L.: “Prólogo” a MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 19.

Entendamos el constitucionalismo global como proyecto que reconoce y defiende la aplicación de principios y valores universales y constitucionalistas en la esfera jurídica internacional⁹⁹, o como expresión más amplia de la cultura constitucional, yendo más allá de los rasgos característicos que la componen al satisfacer la incorporación de los derechos humanos y buena gobernanza¹⁰⁰, los desafíos son los mismos. En este sentido, uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho Constitucional global no es otro que el de defender la dignidad humana¹⁰¹, el libre desarrollo de la personalidad y una amalgama amplia de derechos fundamentales ante una nueva etapa de innovación tecnológica y transformación digital. Rodotà encuadra los retos inherentes de este nuevo paradigma socio-digital, y por ende, los retos inherentes a un posible constitucionalismo global, en una estructura fundamentada en lo que denomina la “expansión horizontal” del Derecho; si bien la propuesta es más que interesante como visión alternativa, nosotros, en el presente trabajo, intentamos defender una versión modificada del “vertical domestication” que él tanto rechaza¹⁰².

La lectura constitucionalista de la globalización en el contexto del Derecho internacional y europeo, y similar retroalimentación a la inversa, o en otras palabras, nuestro entendimiento del constitucionalismo global, como recurso hermenéutico a través de un enfoque no formalista y orientado a la substancia, a la protección de los derechos fundamentales, sugiere que ante un reto global que afecta a categorías universales como es la dignidad humana, lo estatal deberá dar paso a lo supraestatal¹⁰³. Ante una Red y una transformación digital sin límites ni fronteras, requiere, como respuesta efectiva, la aplicación de reglas allá donde opera: dado que su hábitat natural es global, igual de global deberán ser sus límites jurídicos. En definitiva, el Derecho que debe regular unas ciencias de la computación en acelerada metamorfosis debe de ser un Derecho flexible, y

⁹⁹ PETERS, A.: “Los méritos del constitucionalismo global”, *Revista Derecho del Estado*, núm.40 (enero-junio), 2018, p. 4.

¹⁰⁰ CRAIG, P.: “Constitutions, Constitutionalism and the European...*op.cit.*, p. 128.

¹⁰¹ Para un examen detallado de las cuestiones constitucionales suscitadas, *vid.* REY MARTÍNEZ, F.: *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, editorial Porrúa, México, 2013.

¹⁰² RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos...op.cit.*, p. 385: “tal vez reflexionando sobre Internet puedan delinearse las vías de un posible constitucionalismo global, no entregado a una “vertical domestication” con normas supraestatales incorporadas a los derechos estatales, sino una construcción del derecho por expansión horizontal, un conjunto de ordenes jurídicas correlativas, no punto de llegada, sino estructuradas para aguantar los retos de un tiempo tan mutable, una especie de constitución infinita”.

¹⁰³ Esta ha sido la opción que ha enfatizado Peters esta última década. *Vid.* PETERS, A.: “Los méritos del constitucionalismo global...*op.cit.*, pp. 13-14; y PETERS, A.: “The Globalization of State Constitutions” en NIJMAN, J.E. y NOLLKAEMPER, A. (Dir.) *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 306.

“en evidente crisis sustantiva a la sombra de la globalización”¹⁰⁴ debe ser un Derecho universal.

En tal sentido, la UE, como parte de ese “Derecho Constitucional total”¹⁰⁵, dada su singular naturaleza, ordenamiento y apuesta por la protección de los derechos y de las personas en situación de vulnerabilidad, es un buen punto de partida. A este reto de gran envergadura y complejidad se le suma la búsqueda de fórmulas para paliar el impacto de las NTIC sobre aquellas personas que más se ven afectadas por ellas y que, por ende, requieren de una mayor protección. En el presente trabajo, se defenderá el derecho al olvido como una de estas garantías, a nivel europeo, aunque, también, con miras hacia una protección allende la organización supranacional, en tanto que su defensa se ha convertido en movimiento mundial a favor de la privacidad, la autodeterminación informativa y la dignidad inherente al ser humano, a través de una apuesta por la minimización y la limitación en la accesibilidad y tratamiento de los datos de carácter personal.

II.2 Consideraciones previas sobre las personas vulnerables y su necesaria protección ante las repercusiones del actual paradigma socio-digital

Las personas o grupos en situación de vulnerabilidad (lo que, por economía, aun a expensas de una menor corrección técnica, hemos sintetizado en el presente trabajo como ‘grupos’ o ‘colectivos’ vulnerables) “*constituyen una amalgama muy heterogénea de colectivos tremendamente diferentes entre sí*”¹⁰⁶. El concepto de vulnerabilidad ofrece un nuevo enfoque para interpretar y aplicar las normas y principios relativos a los derechos humanos. No obstante, son numerosas las concepciones que existen sobre la vulnerabilidad. Los economistas y ambientalistas retratan la vulnerabilidad en función

¹⁰⁴ SÁNCHEZ BARRILAO, J.F.: “El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, *Estudios de Deusto*, núm. 64, núm. 2, p. 230; y FLORIDI, L.: *The Ethics of Information*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 291.

¹⁰⁵ *Id.* pp. 231-232: “[...] como la búsqueda de nuevos espacios, en particular supra estatales, sobre los que articular nuevas Constituciones [...] procurar resolver problemas [...] el Derecho constitucional alcance en la actualidad cierta autonomía de las Constituciones normativas y del Estado, al extenderse a espacios tanto supraestatales (internacional y regional, especialmente en Europa) [...] Derecho constitucional total (en el entendido del efectivo Derecho constitucional que regula una determinada colectividad, más o menos amplia) pase a conformarse finalmente de manera compuesta en cuanto que resultante de diversos ordenamientos interrelacionado”.

¹⁰⁶ SANZ CABALLERO, S.: “Presentación”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed) *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 11.

del riesgo, los médicos en función de la falta de capacidad de superar un daño, los psicólogos en función de la sensibilidad y elasticidad para enfrentarse a situaciones adversas, mientras que los abogados, deportistas e informáticos lo asocian más bien a la debilidad (individual o sistémica). Pese a la falta de una definición universalmente pactada, el término ‘vulnerabilidad’ suele utilizarse en una gran variedad de ámbitos, que dentro de la disciplina del Derecho abarcan desde la justicia penal, la seguridad humana, el urbanismo hasta la bioética. Así las cosas, y volviendo al origen etimológico del término, vulnerabilidad, del latín *vulnerabilis* (formada del lexema *vulnus*, o herida, y del sufijo *-abilis*), en su acepción más común, se expresa como la susceptibilidad o posibilidad de ser herido, de recibir un daño, sea físico o moral, o de ser afectado por alguna circunstancia¹⁰⁷, ampliándose incluso como la posibilidad de ser afectado, conmovido, convencido o vencido por algo¹⁰⁸.

Rousseau ya nos indicaba que la vulnerabilidad es inherente al ser humano¹⁰⁹. En estos términos, la vulnerabilidad es universal en tanto en cuanto todos estamos potencialmente expuestos a un daño emocional (dada nuestra naturaleza psico-social), o físico, dada nuestra corporeidad (por ser entes vivientes) propios de la dualidad dolor-placer siguiendo la visión de Aristóteles¹¹⁰. Muchos autores han concordado con esta consideración ontológica de la vulnerabilidad como una categoría universal y un aspecto inevitable y permanente de la condición humana¹¹¹. Desde ese punto de vista, la vulnerabilidad se configura como un atributo inherente a la naturaleza humana, pues las personas estamos expuestas constantemente a potenciales daños (sean estos intencionados o accidentales) de unas circunstancias oscilantes (sean estas las derivadas

¹⁰⁷ Vulnerable. (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española* (23ª ed.). Disponible en: <https://dle.rae.es/vulnerable?m=form>

¹⁰⁸ Vulnerable (2007). *Diccionario de uso del español de María Moliner* (3ª ed.), GREDOS, Madrid.

¹⁰⁹ ROUSSEAU, J.J.: *Émile ou de l'éducation*, en *Oeuvres complètes IV*, Editions Gallimard, Dijon, 1980, libro IV, pp. 503-504: “*Los hombres no son, por naturaleza, ni reyes, ni potentados, ni cortesanos, ni ricos. Todos nacieron desnudos y pobres, sujetos todos a las miserias de la vida, a los pesares, a los males, a las necesidades, a toda clase de dolores; en fin, condenados a muerte. Esto sí que es propio del hombre y de lo que no está exento ningún mortal. Comenzad, pues, estudiando en la naturaleza humana lo que de ella es más inseparable, lo que mejor constituye la humanidad*”.

¹¹⁰ ARISTÓTELES: *Política*, Libro I, Cap. I.

¹¹¹ Vid., por todos, FINEMAN, M.A.: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20, 2008, p. 8; KOTTOW, M.: “Anotaciones sobre vulnerabilidad”, *Revista Redbioética/UNESCO*, Vol. 2, núm. 4 (julio-diciembre) 2011, pp. 91-95; MARCOS, A.: “Vulnerability as Part of Human Dignity”, en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, pp. 29-44; y TURNER, B. S.: *Vulnerability and human rights*, 2006, Penn State University Press, University Park.

de nuestra propia biología o de los devenires políticos, económicos y socioculturales¹¹²). Ello explica por qué, en el discurso corriente, se utiliza la noción de vulnerabilidad para describir situaciones caracterizadas por ‘debilidad’ física o psicológica, indefensión, falta de control o de protección contra determinados abusos, o para describir a poblaciones de mayor riesgo: de ser infectados por cierto virus, de estar más expuestas a los efectos del cambio climático, o de ser incapaces de reivindicar sus derechos.

En otras palabras, el ser humano está sujeto a una “lotería” bio-social¹¹³ en la que, dependiendo de nuestro cuerpo y nuestro posicionamiento social, quedaremos expuestos a determinados daños y estaremos más o menos capacitados para enfrentarnos a ellos. Es precisamente la universalidad y las infinitas maneras en las que puede manifestarse la vulnerabilidad humana lo que hace que una definición única de este concepto sea tan difícil. De hecho, esto se ha llegado a denominar la “paradoja de la vulnerabilidad”, en tanto en cuanto realmente se concibe tanto desde una vertiente universal como desde una faceta particular:

“Como seres humanos, todos somos vulnerables, pero experimentamos esta vulnerabilidad de manera singular a través de cada uno de nuestros cuerpos y mentes [...] como sujetos vulnerables, somos constantemente susceptibles a daños [...] por supuesto, el daño llega de diferentes formas que se entrecruzan y refuerzan entre sí [...] Las variedades del potencial daño ya indican las formas en las que vulnerabilidad se configura como algo particular [...] nuestras diferentes formas de materialización humana y nuestros diferentes roles dentro del entramado socio-económico-institucional significa que cada uno de nosotros experimenta una vulnerabilidad única” (traducción propia)¹¹⁴.

¹¹² Pérez Contreras, por ejemplo, hace hincapié en esta última perspectiva: “Cuando hablamos de grupos vulnerables, lo debemos entender como un fenómeno que se encuentra condicionado por el desarrollo de las relaciones sociales”. Vid. PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 38, núm. 113 (mayo-agosto), 2005, p. 846.

¹¹³ Así resume Masferrer la aportación de Cortina y Conill: MASFERRER DOMINGO, A.: “Vulnerability and Dignity in the Age of Rights”, en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, p. 12; y CORTINA, A. y CONILL, J.: “Ethics of Vulnerability” en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, pp. 45-62.

¹¹⁴ PERONI, L. y TIMMER, A.: “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1058-1059. En su versión original: “as embodied beings we are all vulnerable, but we experience this vulnerability uniquely through our individual bodies [...] as vulnerable subjects we are constantly susceptible to harm [...] harm of course, comes in vary varieties that intersect and reinforce one another

Todo lo anterior explica por qué observamos en el lenguaje común que el uso de la noción de vulnerabilidad revela cierta predisposición a referirse a situaciones, que implican una exposición real o potencial al daño, que afectan principalmente a un grupo específico o a determinadas personas; lo que indudablemente ha permeado en el lenguaje jurídico, de manera especial en el de los derechos humanos. Como bien resume Salvioli:

“Además de los instrumentos genéricos de derechos humanos, existen otros que se focalizan sobre un colectivo determinado –es decir, no comprenden a todas las personas del mundo-, en virtud de la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra dicho colectivo por diversos factores, lo que requiere un abordaje específico y centrado en el mismo”¹¹⁵.

Nifosi-Sutton nos proporciona buenos ejemplos de ello: desde la prevalencia de mujeres como víctimas de relaciones abusivas como resultado de las construcciones socio-culturales sobre el sexo, los niños y discapacitados como grupos en riesgo, dada su dependencia o incapacidad para hacer valer sus deseos y necesidades, hasta las comunidades geográficamente ubicadas en países en desarrollo, más expuestas a desastres naturales y menos preparadas para contar con los recursos para responder a este tipo de emergencias socio-sanitarias¹¹⁶.

En lo que se refiere al discurso internacional de los derechos humanos, como veremos más adelante, el concepto de vulnerabilidad se ha enfocado de manera distinta, sobre todo teniendo en cuenta los esfuerzos internacionales para paliar necesidades básicas humanas tras la Segunda Guerra Mundial tales como la alimentación¹¹⁷. En análoga línea, cabe

[...] These different forms of harm already hint at the ways in which the vulnerability is particular [...] our different forms of embodiment and our different positions within webs of economic and institutional relationships mean that each of us experiences vulnerability uniquely”.

¹¹⁵ SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos: concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*, Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, Méjico, 2019, p. 44. En idéntica línea vuelve a pronunciarse al hablar de la protección general de derechos humanos como aquella que alcanza a todas las personas frente a la tutela específica como *“la que surge por determinadas y concretas situaciones de vulnerabilidad claramente visibilizadas, que dan cuenta de la necesidad de llevar adelante una protección particular”*, requiriendo la adopción de instrumentos jurídicos concretos (p. 62).

¹¹⁶ NIFOSI-SUTTON, I.: *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Routledge- Taylor & Francis, New York y Londres, 2017, p. 5: *“in its everyday use the term vulnerability loses its universal scope and becomes especially relevant to the situation of specific groups of persons”*.

¹¹⁷ Así, se creó la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), que catalogaba de grupos especialmente vulnerables a aquellos que sufrían mayor riesgo de malnutrición como podían ser los menores o las embarazadas, tal y como lo explica TRUSCAN, I.: *“Considerations of vulnerability: from principles to action in the case law of the European Court of Human Rights”*, *Retferd. Nordic Journal of Law and Justice*, Vol. 36, 2013, p. 68.

apuntar que la Organización de las Naciones Unidas es una de las primeras y de las pocas organizaciones que nos ofrecen una definición universal de dicho concepto como “*un estado de elevada exposición a determinados riesgos e incertidumbres, combinado con una capacidad disminuida para protegerse o defenderse de ellos y hacer frente a sus consecuencias negativas. La vulnerabilidad existe en todos los niveles y dimensiones de la sociedad y es parte integrante de la condición humana, por lo que afecta tanto a cada persona como a la sociedad en su totalidad*”¹¹⁸. Así, de hecho, se explica que la referencia jurídico-política a nociones tales como ‘vulnerabilidad’ y ‘grupos vulnerables’ no se viera de manera explícita en los primeros instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos, sino que fue a partir de su utilización por parte de los órganos adscritos a las Naciones Unidas que fueron adoptadas universalmente¹¹⁹.

Con independencia de la disciplina escogida para estudiar este concepto, la experiencia científica nos demuestra que identificar y enumerar todos los potenciales casos de vulnerabilidad resulta ser una labor difícil, si no imposible. No obstante, sí existen factores y circunstancias que han quedado vinculados a este fenómeno: “*como son la pertenencia a una minoría o a un grupo indígena, la edad -bien avanzada, bien la minoría de edad-, la enfermedad, la discapacidad, la migración, la persecución, la extranjería irregular, la apatridia, la reclusión, el analfabetismo o la pobreza, entre otras*”¹²⁰.

Son numerosos los intentos de configurar una definición funcional del concepto por parte de la doctrina académica, catalogándolo algunos en función de la causa de origen que produce la vulnerabilidad, sea esta una característica innata, física o derivada de pertenecer a una minoría social¹²¹. Castel, aunque se centra en la faceta socio-económica de la vulnerabilidad, por ejemplo, la concibe como una zona intermedia o de tránsito entre la integración y la exclusión, además de inestable por su precariedad y fragilidad, que

¹¹⁸ DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS: *Informe sobre la situación social del mundo. Vulnerabilidad social: Fuentes y desafíos*, United Nations Publications, Nueva York, 2003, p. 8.

¹¹⁹ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 18.

¹²⁰ SANZ CABALLERO, S.: “Recensión Francesca Ippolito y Sara Iglesias SÁnchez (eds.), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2015, 494 pp.”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 20, núm. 53, 2016, p. 400.

¹²¹ De hecho, Mariño distingue categorías diferenciadas de vulnerabilidad: (i) por razón de sexo -femenino, (ii) por razón de determinadas condiciones psicosomáticas como la edad, la discapacidad o la orientación sexual, (iii) por razón de la condición socio-económica, (iv) por la pertenencia de un grupo diferenciado o minoritario dentro de la población, (v) por razón de nacionalidad. *Vid.* MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Introducción: Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Ed) *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III, Madrid, 2001, pp. 23-24.

sitúa a los sujetos y grupos en riesgo de caer más bien hacia el lado de la exclusión social¹²². Así, la vulnerabilidad se mide, objetivamente, en función de las posibilidades de cumplir con un conjunto de condiciones asociadas al bienestar¹²³. Asimismo podemos extrapolar la teoría funcional medioambientalista sobre los tres componentes que miden la existencia de la vulnerabilidad (a saber, la exposición al daño, la susceptibilidad y la capacidad de respuesta al mismo¹²⁴) cuando hablamos de la vulnerabilidad humana.

También se ha hablado de las dimensiones de la vulnerabilidad. Feito, por ejemplo, la divide en la dimensión antropológica (como la condición dependiente del estado biológico y psicológico de la persona en cuanto que ser humano complejo) y la dimensión social (como la condición dependiente del medio o las condiciones de vida, generando por tanto poblaciones vulnerables, o, como preferimos, espacios de vulnerabilidad¹²⁵). Para algunos la vulnerabilidad claramente se mide desde la teoría del riesgo/lesión-daño¹²⁶. En esta línea, algunos otros autores han diseccionado el concepto en función de la imposición externa o la adopción interna del daño o discriminación sufrida¹²⁷. Otros, en cambio, lo han delimitado en función de tres¹²⁸ posibles fuentes de vulnerabilidad: (1) la vulnerabilidad inherente, desencadenada por las características específicas de nuestra fisiología o rol en el contexto socio-cultural, (2) la vulnerabilidad situacional, desencadenada por la fragilidad derivada de circunstancias concretas, y (3) la

¹²² CASTEL, R.: *La métamorphose de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, Paris, 1995, pp. 16-18.

¹²³ GARCÍA, V.: “El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos”, *Desacatos*, núm. 19, 2005, p. 19; y PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad...*op.cit.*”, pp. 847-848 y 850 (aunque ella considera que la vulnerabilidad no se limita a la no satisfacción de necesidades o condiciones básicas sociales, sino que también lleva implícita la práctica de conductas discriminatorias).

¹²⁴ ADGER, W. N.: “Vulnerability”, *Global Environmental Change*, Vol. 16, 2006, p. 268

¹²⁵ FEITO, L.: “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, núm. 3, 2007, pp. 7 y 9-12.

¹²⁶ PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad...*op.cit.*”, pp. 846-847 (personas o grupos vulnerables son aquellos “*que por alguna característica [...] se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos humanos sean violados [...] sufren inseguridad y riesgos en cualquier aspecto de su desarrollo como persona y como ciudadanos, se encuentran en una situación de desventaja frente al reconocimiento y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales*”).

¹²⁷ LOTZ, M.: “Vulnerability and resilience: A critical nexus”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, Vol. 37, núm. 1, 2016, pp. 45-59.

¹²⁸ O incluso cinco posibles fuentes de vulnerabilidad, y, consecuentemente, cinco factores o causas que inciden en la vulnerabilidad. En esta línea, Pérez Contreras clasifica la vulnerabilidad en cinco categorías (la vulnerabilidad por idiosincrasia, la vulnerabilidad natural, la vulnerabilidad por recursos, la vulnerabilidad social y la vulnerabilidad cultural) y alude a cinco factores internos (y sobre todo externos) que la intensifican (falta de igualdad de oportunidades, incapacidad para satisfacer las necesidades, desnutrición y enfermedad, incapacidad para acceder a los servicios públicos y marginación). Ello se encuentra detallado en PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad...*op.cit.*”, pp. 854-857.

vulnerabilidad patógena (aunque nosotros preferimos denominarla por acción u omisión), desencadenada por la intervención humana o por el fracaso de políticas institucionales¹²⁹.

Lo cierto es que, independientemente de la disciplina y de la perspectiva adoptada, la vulnerabilidad vincula la experiencia humana y el contexto, y por las particularidades que surgen de ella, la noción de vulnerabilidad se ha catalogado como un concepto indeterminado¹³⁰, confuso¹³¹ y, por ende, de compleja materialización jurídica¹³². Lo que está exento de duda es que la vulnerabilidad viene condicionada por “*factores intrínsecos y extrínsecos, anclada en la radical fragilidad del ser humano, pero sin duda atribuible en buena medida a elementos sociales y ambientales*”¹³³. A esta fragilidad también se le ha llamado debilidad, en tanto en cuanto se manifiesta como la indefensión contra “*exigencias sociales de normalidad*”¹³⁴. Además, el hecho de que exista cierto nivel de vulnerabilidad presente en toda vida humana y de que el bienestar común sea el fin social deseado no debe privar al ordenamiento jurídico de atribuirle consecuencias jurídicas y mecanismos de protección a aquellas situaciones de especial vulnerabilidad que lo requieran. Volviendo a las teorías de Fineman, ella precisamente hace una distinción entre vulnerabilidad y resiliencia: la primera es universal mientras que la segunda define la capacidad de responder a la primera, lo que dependerá de los recursos y respuestas

¹²⁹ MACKENZIE, C., ROGERS, W., y DODDS, S.: “What is vulnerability and why does it matter for moral theory?” En MACKENZIE, C., ROGERS, W., y DODDS, S. (Eds) *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-32.

¹³⁰ RUOF, M.C.: “Vulnerability. Vulnerable Populations and Policy”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 14, 2004, pp. 411-425.

¹³¹ SOLBAKK, J.H.: Vulnerability: A Futile or Useful Principle in Healthcare Ethics? En CHADWICK, R., TEN HAVE, H.A.M., MESLIN, E.M. (Eds) *SAGE Handbook of Health Care Ethics*, 2011, p. 229.

¹³² GREAR, A.: “The Vulnerable Living Order: Human Rights and the Environment in a Critical and Philosophical Perspective”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 2, núm. 1, 2011, p. 43; y FEITO, L.: “Vulnerabilidad...*op.cit.*”, p. 8: “*A pesar de ser aparentemente tan comprensible y conocido, el término “vulnerabilidad” encierra una notable complejidad. Vulnerabilidad es, en primer lugar, un concepto con múltiples significados, aplicables a ámbitos muy diversos: desde la posibilidad de un humano de ser herido hasta la posible intromisión en un sistema informático. En segundo lugar, la vulnerabilidad es una característica de lo humano que parece evidente desde una perspectiva antropológica, pero que la tradición cultural más cercana a la defensa del individualismo, la autonomía y la independencia, se ha encargado de dejar en un segundo plano o, incluso, de relegar por considerarla de rango inferior. En tercer lugar, la vulnerabilidad, en tanto que posibilidad del daño, es considerada la misma raíz de los comportamientos morales, al menos de aquellos en que el énfasis se sitúa en la protección y en el cuidado, más que en la reclamación de derechos. Y además, en cuarto lugar, la vulnerabilidad se ha ido asociando no sólo con las condiciones del individuo sino, cada vez más, con las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo) en que su vida se desarrolla, dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en la comprensión de este concepto*”.

¹³³ FEITO, L.: “Vulnerabilidad...*op.cit.*”, p. 11.

¹³⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Introducción: Aproximación...*op.cit.*”, p. 19.

disponibles frente a los factores que aumentan la vulnerabilidad¹³⁵. A tal efecto, compartimos las reflexiones que realiza Sanz Caballero:

*“Algunas de estas causas de vulnerabilidad pueden ser temporales, circunstanciales o superables. Otras son permanentes y, por tanto, ponen a la persona en una tesitura más complicada, si cabe, a la hora de ejercer los derechos de los que es merecedora como ser humano que es”*¹³⁶.

Quizás por ello, la mayor parte de la doctrina ha reducido la noción de vulnerabilidad al híbrido resultante de la primera y segunda categorías supracitadas: es decir, en función de grupos concretos de personas que, por sus circunstancias subjetivas y objetivas, se encuentran en una situación (que no condición)¹³⁷ de vulnerabilidad. Así, a pesar de que la vulnerabilidad es un concepto dinámico que engloba a la vez que trasciende la noción de grupos minoritarios¹³⁸, las respuestas normativas a la vulnerabilidad se han concentrado en la adopción de medidas especiales de protección y reclamos prioritarios para grupos concretos en situación de vulnerabilidad. Muchos autores han criticado los supradichos enfoques clasificatorios de la vulnerabilidad, que etiquetan a determinados grupos de personas como vulnerables en función de un estándar de base, pues consideran que no contabilizan el conjunto de los factores que afectan a la vulnerabilidad, y que, en ocasiones, refuerzan la correlación ampliamente rechazada por la doctrina feminista, entre la vulnerabilidad y la debilidad¹³⁹.

Por ello mismo, vemos importante aclarar nuestra decisión de incluir a las mujeres como un grupo en situación de vulnerabilidad (expresión que, junto con la noción, menos correcta, de ‘colectivo vulnerable’, hemos utilizado indistintamente en este trabajo) que requiere de la especial protección del derecho al olvido. La consideración de las mujeres como grupo vulnerable no puede ni debe entenderse en el sentido tradicional, comparable o equiparable al de los grupos minoritarios. En primer lugar, el argumento resulta evidente

¹³⁵ FINEMAN, M.: “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, Vol. 60, 2010, pp. 1-42.

¹³⁶ SANZ CABALLERO, S.: “Recensión Francesca Ippolito y Sara Iglesias Sánchez (eds.), *Protecting Vulnerable Groups...op.cit.*, p. 400.

¹³⁷ SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos...op.cit.*, p. 225.

¹³⁸ Aunque así se ha venido configurando en la jurisprudencia del TEDH, con relación a las personas de etnia gitana como grupo vulnerable, siendo paradigmático el asunto *Chapman v. Reino Unido*, STEDH de 18 de enero de 2001.

¹³⁹ LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability Layers Not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 2, núm. 1, 2009, p. 124; y TRUSCAN, I.: “Considerations of vulnerability: from principles...op.cit.”, p. 67.

cuando resaltamos que las mujeres representan el 50% de la población mundial¹⁴⁰; algunos incluso han afirmado que son la “mayoría social”¹⁴¹, y vistas las cifras actuales del sesgo de género en el índice de mortalidad del actual Covid-19, no podemos evitar pensar que incluso puede que pronto lleguen a ser una mayoría real¹⁴². Esta es la razón por la cual la incorporación y transversalidad de la perspectiva de género en el constitucionalismo europeo se ha centrado en la necesidad de reconocer la igualdad entre hombres y mujeres¹⁴³ no solo como un principio general del Derecho sino también como la premisa básica para lograr no solo la igualdad formal sino también la igualdad material o efectiva. La igualdad entre hombres y mujeres en la que se basan todos los ordenamientos democráticos, sociales y basados en el Derecho, incluido el europeo (que además coloca dicho principio como valor fundamental de esta comunidad política y jurídica en su art. 2 TUE) precisamente hace inadmisibles, *a priori*, calificar a las mujeres como personas vulnerables, en tanto en cuanto la vulnerabilidad no es inherente a la condición femenina *per se*.

Sin embargo, las relaciones sociales, y el Derecho como encargado de regularlas, no funcionan ni existen en un vacío, sino en tiempos y espacios socio-culturales que sí que muestran distinciones, desigualdades o estructuras que potencian resultados desfavorables en función de (o basados en) este factor perceptible y determinante. Como nos recuerda Ridaura Martínez al citar a Rey Martínez: “*la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio [...] la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones*”¹⁴⁴. En esta línea, y en segundo lugar, se ha utilizado la categorización o clasificación del sexo femenino no sólo como criterio de discriminación, el llamado “motivo protegido” (*protected ground*), sino también como grupo vulnerable con el exclusivo ánimo de asegurar y garantizar la protección efectiva de los derechos que en la teoría son universales pero que en la práctica refleja algo

¹⁴⁰ Vid. las estadísticas actualizadas a tiempo en real disponibles en: <https://countrymeters.info/en/World>

¹⁴¹ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 111.

¹⁴² CUNNINGHAM, A.: “COVID-19 kills more men than women. The immune system may be why”, *ScienceNews*, 23-04-2020. Disponible en: <https://www.sciencenews.org/article/coronavirus-covid-19-kills-more-men-than-women-why-immune-system>

¹⁴³ Como nos recuerda el propio Rey Martínez, “*La igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (de 2 de octubre de 1997), el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política de igualdad de la UE*”. Vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio...op.cit.*, p. 116.

¹⁴⁴ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “La interdicción de discriminación por razón de sexo en la Constitución española de 1978”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, Valencia, 2014, p. 497.

distinto: que las mujeres se ven envueltas en determinadas situaciones, directa o indirectamente por razón de su sexo, y ello las coloca en situaciones de riesgo, y por ende, de vulnerabilidad. En este sentido, consideramos el colectivo femenino como colectivo vulnerable en el sentido de colectivo o grupo prioritario de protección reforzada, pues *“quedan desafortunadamente demasiados reductos sociales en los que no ha calado la idea de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de género”*¹⁴⁵.

Con relación a estas últimas consideraciones, y en tercer lugar, como hemos dejado aclarado anteriormente, nuestra concepción de la vulnerabilidad radica en la mezcla resultante de la vulnerabilidad como elemento inherente de toda persona, y la vulnerabilidad como producto de ciertos atributos particulares, construcciones sociales y situaciones concretas que ponen a ciertas personas en mayor riesgo o crean situaciones de falta de control o defensa propia. El ser humano por sí mismo es vulnerable (o susceptible) al daño, pero su frecuencia y grado de exposición al mismo, así como su capacidad para defenderse y reestablecerse en una situación de normalidad y seguridad física y psicológica, serán singularmente particulares y delimitadas por determinados factores intrínsecos y extrínsecos; factores que, en la gran mayoría de ocasiones están fuera de su control. El entendimiento de la vulnerabilidad como una mezcla resultante entre la identidad y el riesgo de determinadas vivencias/experiencias es el fundamento con el que incorporamos a las mujeres como personas vulnerables: *“la vulnerabilidad se presenta cuando se cruzan el contexto, las circunstancias individuales y las construcciones sociales”* (traducción propia)¹⁴⁶.

Según lo entendemos, las personas vulnerables son aquellas que se han encontrado, por diferentes razones, en una situación hostil que las abruma; la vulnerabilidad surge como consecuencia de la incapacidad de una persona para superar un riesgo o peligro por sí misma debido a una desventaja, privación o daño, ya sean factores físicos, económicos, políticos o, como se verá en este trabajo, sean factores sociales y/o digitales. En efecto, las situaciones de vulnerabilidad requieren de acción estatal, y así, el Estado generalmente ha pretendido otorgar medidas especiales o prioridad, reconsiderando y redistribuyendo los equilibrios de poder y recursos, respectivamente, con la finalidad de corregir los desequilibrios que afectan a determinadas personas de manera desproporcionada. Por todo lo anterior, incidimos en que cuando utilizamos la terminología de personas en

¹⁴⁵ *Id.*, p. 501.

¹⁴⁶ TRUSCAN, I.: “Considerations of vulnerability: from principles...*op.cit.*, p. 70.

situación de vulnerabilidad (o, alternativamente grupos o colectivos vulnerables por economía terminológica), y sobre todo, en lo que atañe a las mujeres, lógicamente lo utilizamos, como no puede ser de otra forma, sin ninguna intención peyorativa, y, al contrario, más bien protectora no paternalista¹⁴⁷.

A pesar de que su aparición, en un sentido moderno, se remonta a la segunda mitad del siglo XVIII, con las ideas filosóficas basadas en la autonomía e igualdad, sin lugar a dudas la vulnerabilidad ha sido una noción principal del lenguaje de los derechos humanos en las últimas décadas¹⁴⁸. De acuerdo con las ideas ya expuestas, varios autores han señalado que el razonamiento basado en la vulnerabilidad ha desempeñado un papel protagonista cada vez más destacado en el sistema europeo de protección de los derechos humanos¹⁴⁹, bautizando esta tendencia como una auténtica revolución¹⁵⁰. De hecho, no se puede negar la relación entre la vulnerabilidad y la dignidad humana, no sólo porque ambas sean inherentes al ser humano, ni porque el sujeto vulnerable sea (o debiera ser), a su vez, un sujeto con dignidad¹⁵¹, sino sobre todo porque el sujeto vulnerable es más propenso a experimentar una quiebra de su dignidad: *“las personas pertenecientes a grupos vulnerables ven quebrantados y ninguneados muchos de sus derechos humanos con demasiada asiduidad”*¹⁵². Sin entrar en cuestiones relativas al reconocimiento de los denominados ‘derechos colectivos’, bien sea en su faceta más universal¹⁵³, o en el contexto de los derechos sociales¹⁵⁴, y si bien se suele hablar de ‘colectivos’ o ‘grupos vulnerables’, estos, por un lado, están constituidos por personas *“y al servicio de ellas el Estado constitucional [en el que incluimos, con matizaciones, al europeo] despliega su*

¹⁴⁷ En semejante línea se ha pronunciado Ridaura Martínez, considerando *“discriminatorias las medidas paternalista y protectoras que, aunque aparentemente ventajosas, se basan en la debilidad de la mujer, y en la práctica perpetúan la propia posición de inferioridad social de la población femenina”*. Vid. RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “La interdicción de discriminación por razón de sexo...*op.cit.*, p. 499.

¹⁴⁸ TURNER, B. S.: *Vulnerability...op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁴⁹ Vid. PERONI, L. y TIMMER, A.: “Vulnerable groups...*op. cit.*; y BESSON, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: l’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en LARSEN, L.B. (Coord.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris 2014, pp. 59-85.

¹⁵⁰ TIMMER, A.: “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, en FINEMAN, M. y GREAR, A. (Eds.) *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham, 2013, pp. 147-170.

¹⁵¹ TIMMER, A.: “A Quiet Revolution: Vulnerability...*op.cit.*, p. 150.

¹⁵² SANZ CABALLERO, S.: “Presentación...*op.cit.*, p. 9.

¹⁵³ Vid., por ejemplo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “Los derechos colectivos” en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Coord.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, 2001, pp. 67-76; y SÁNCHEZ FERRIZ, R.: “Derechos colectivos y Derechos “comunitarios” o autonómicos”, *Revista valenciana d’estudis autonòmics*, núm. 49-50 (Ejemplar dedicado a: Un Estatuto para el siglo XXI: volumen II), 2005, pp. 41-76

¹⁵⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales” en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Coord.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, 2001, pp. 195-200.

potencial”¹⁵⁵, y por otro, independientemente del carácter individual o colectivo de su reconocimiento, persiguen el mismo fin: “*la mayor efectividad de los derechos fundamentales del individuo, pues éste con frecuencia ejerce sus derechos integrado en grupos*”¹⁵⁶.

Por ello, nuestro posicionamiento respecto de la noción de vulnerabilidad, como se verá a lo largo de este trabajo, se resume en la intersección de factores concretos de trato desfavorable (sean de carácter físico o psicológico) y la exposición, desproporcionada, a sufrir graves injerencias en sus derechos fundamentales. La vulnerabilidad en el seno de la UE es una noción tanto descriptiva como normativa. La primera faceta se fundamenta en una serie de factores (como veremos en la Parte Final de este trabajo, en el contexto europeo, se ha centrado en los motivos de amparo frente a la discriminación) que tornan a ciertas personas más susceptibles de ver sus derechos fundamentales menoscabados. La segunda faceta implica entender la vulnerabilidad en función de los grupos de personas que están expuestos a sufrir las supracitadas violaciones en mayor medida que otros en situaciones comparables (volvemos a referenciar aquí otro término clásico del Derecho Antidiscriminatorio europeo). Así también parece haberse entendido en el plano internacional:

*“En ocasiones la protección específica [de los grupos vulnerables] focaliza el objeto en un tipo de violación específica que se encuentra a su vez en relación a un colectivo en particular: dicho fenómeno se suele dar de manera recurrente en instrumentos que se concentran en **la necesidad de evitar la discriminación, que comúnmente afecta a determinados grupos o incluso colectivos mayoritarios concretos, pero que se encuentran en situación de vulnerabilidad**”* (énfasis nuestro)¹⁵⁷.

De tal manera, tal y como mostramos en el *Capítulo VI*, la noción normativa europea de la vulnerabilidad se refiere, por lo general, a la discriminación *de iure* o *de facto* que pone a determinadas personas en una situación desfavorable para mantener o reivindicar su dignidad y bienestar. En otras palabras, constituyen grupos vulnerables aquellos que son particularmente susceptibles de verse privados, de manera arbitraria o no, de sus

¹⁵⁵ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 80 (enero-abril), 2011, p. 69.

¹⁵⁶ GARCÍA CUADRADO, A.M.: *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Club Universitario, Alicante, 2003, cit. por ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Protección constitucional...*op.cit.*, p. 70.

¹⁵⁷ SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos...op.cit.*, p. 108.

derechos y libertades fundamentales, debido a determinadas características inmutables o, que, en la práctica, no están en posición de cambiar, y que se ven más gravemente afectados debido a las circunstancias que les rodean.

Anticipamos que, si bien las situaciones de vulnerabilidad son un tema principal en este trabajo, igualmente lo es la noción de derechos, no sólo como componente intrínseco y natural de la persona, sino también como un instrumento para compensar o eliminar situaciones impuestas de despojo de libertad y control, o de indefensión derivada de la vulnerabilidad digital. A pesar de la sugerencia de que la vulnerabilidad es el fundamento de los derechos humanos¹⁵⁸, debemos recordar, que esta requiere de matización. Como expondremos en el siguiente apartado, los derechos humanos nacen por la dignidad de la que es su titular máximo, siendo una inseparable e incondicional cualidad de la condición humana. Como apunta Andorno, la vulnerabilidad es un estado (y no un fundamento), y por ende, si bien no constituye el fundamento del reconocimiento de los derechos humanos, sirve, sin duda, para visibilizar la (in)dignidad¹⁵⁹. En otras palabras, la vulnerabilidad es la condición *de facto* y la dignidad el fundamento *de iure* de los derechos¹⁶⁰, teniendo el Estado, y su ordenamiento jurídico, el deber de aceptar, en primer lugar, la dignidad inherente al ser humano, y posteriormente, al apreciar cierta vulnerabilidad, reconocer derechos e implantar procedimientos e instrumentos de tutela para su ejercicio efectivo.

Los derechos y sus garantías tienen como objetivo restaurar a quienes sufren cualquier tipo de daño. Adelantándonos todavía más, el hilo conductor de este trabajo también se basa en el derecho al olvido como garantía a la protección de datos, a la intimidad, y, en última instancia, al libre desarrollo de la identidad, personalidad y dignidad de estas personas. Debido a los obstáculos inherentes a la protección y al ejercicio de los derechos personalísimos de determinados colectivos y personas en el contexto digital, el derecho al olvido se erige como mecanismo de reacción para revertir dichas situaciones de vulnerabilidad. La interpretación de esta garantía digital, cuando implique a colectivos vulnerables, como también veremos, deberá fundamentarse en el principio *favor*

¹⁵⁸ TURNER, B.S.: *Vulnerability...op.cit.*, p. 6.

¹⁵⁹ ANDORNO, R.: "Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?" en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, pp. 263-264.

¹⁶⁰ *Id.* p. 270: "despite this close historical link between human rights and vulnerability, human rights are not based on vulnerability. Vulnerability is a factual condition, not the normative foundation of human rights".

libertatis, también llamada la perspectiva *pro personae*¹⁶¹ como “método hermenéutico propio de la ciencia jurídica de los derechos humanos”¹⁶².

Lo expuesto hasta aquí, sugiere la necesidad de proteger a la persona ante las diferentes situaciones de vulnerabilidad o especial desprotección en las que se pueda ver implicada. Y es precisamente sobre este último punto que debemos hablar de las consecuencias de la globalización, en general, y de la globalización tecno-digital en especial, y lo que esto significa en términos de impacto y protección de las personas vulnerables. La transformación digital y la innovación tecnológica han venido de la mano de un cambio socio-cultural, lo que algunos han bautizado con la expresión “cultura tecnológica”¹⁶³; aquella omnipresencia de la tecnología en las sociedades modernas y desarrolladas, lo que explica su vulnerabilidad inherente, como prerequisite y como consecuencia: la revolución tecno-digital nos ha hecho más vulnerables, pues constantemente potencia y crea nuevas amenazas y riesgos para la seguridad (tanto pública como privada). Así, se constituyen como personas en situaciones de vulnerabilidad aquellas que, por su situación particular de desprotección, requieren mayor atención para el respeto y ejercicio efectivo de sus derechos, en tanto en cuanto ven mermada su capacidad para defenderse frente a dichas injerencias. Esto sucede, sobre todo, en esta era de la hiperaccesibilidad informativa, de la pérdida del control informativo y del auge de nuevas formas de discriminación impulsadas por las NTIC, especialmente si pensamos en las potenciales consecuencias nefastas derivadas del uso de las redes sociales y *apps* de mensajería

¹⁶¹ Con semejante espíritu, SALVIOLI, F.O.: “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: la relación contemporánea entre los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales”, en CANÇADO TRINDADE, A.A. y otros (Coords.), *O cinquentenário dos dois Pactos de direitos humanos da ONU*, Vol. 1, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza, 2016, p. 70. El citado autor subraya “*la perspectiva pro persona como herramienta útil para la interpretación y la aplicación que llevan delante los órganos cuasi judiciales y jurisdiccionales de tutela internacional en los planos universal y regional*”.

¹⁶² SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos...op.cit.*, p. 383.

¹⁶³ Más sobre ello en BIJKER, W.E.: “La vulnerabilidad de la cultura tecnológica”, *Redes*, Vol. 14, núm. 27 (mayo), 2008, pp. 117-140.

instantánea o geolocalización para la comisión de actos abusivos¹⁶⁴ y la elaboración (sobre todo automatizada) de perfiles¹⁶⁵.

Así, el almacenamiento, posible difusión, uso y recuerdo, sin límite en el tiempo, de contenidos pueden afectar a los derechos más fundamentales de las personas y pueden suponer una hipoteca a su dignidad y a su libre desarrollo, sea en su faceta personal, social, económica o laboral. Aunque se examinarán algunos de manera más detallada más adelante, exponemos ejemplos de los riesgos supracitados para los más vulnerables, en general, y en especial en el ámbito de las NTIC. En primer lugar, los menores, cada vez a edades más tempranas, facilitan sus datos personales, a menudo sin consciencia de los efectos negativos que tiene dicha exposición sobre su presente y sobre su futuro. En segundo lugar, las personas con discapacidad y las personas mayores, bien sea por la merma de sus capacidades cognitivas, por su falta de competencia tecnológica, bien por su falta de conocimiento de los riesgos del mundo digital, también quedan expuestos a los peligros de Internet.

También se ven afectados otros grupos más ignorados por la técnica legislativa, pero igualmente vulnerables y necesitados de protección. Por ejemplo, en tercer lugar, están los itinerantes -sean personas nómadas de etnia gitana, inmigrantes o refugiados- y la problemática referente a la compilación de datos que les conciernen cuando son sometidos a diferentes registros en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia. En cuarto lugar encontramos a las víctimas de violencia -sea de género, sexual o de otros delitos igualmente graves- cuyos datos personales e información sensible queda expuesta al público, sea por el interés periodístico que tienen los crímenes en los que se han visto involucradas, sea porque se han visto envueltas en prácticas propias de la ciberviolencia.

¹⁶⁴ Vid, por todos, MENDOZA CALDERÓN, S.: *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; y DILMAÇ, B. YURT, E., AYDIN, M., e KAŞARCI, I.: “Relaciones predictivas entre los valores humanos de los adolescentes, el acoso cibernético y la sensibilidad al acoso cibernético”, *Electronic journal of research in educational psychology*, Vol. 14, núm. 38, 2016, pp. 3-22; y GUARDIOLA SALMERÓN, M.: “Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 14 (Ejemplar dedicado a: Menores y redes sociales), 2017, pp. 3-16.

¹⁶⁵ Más sobre el carácter inherentemente discriminatorio de la elaboración de perfiles, como categorización de acuerdo con determinadas variables, y toma de decisiones en función de aquellos sujetos que pertenecen a esas agrupaciones, vid. HARDT, M.: *How big data is unfair: Understanding sources of unfairness in data driven decision making*, Medium, 2014. Disponible en: <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>; BERENDT, B. y PREIBUSCH, S. *Exploring Discrimination: A User-centric Evaluation of Discrimination Aware Data Mining*, IEEE, Bruselas, 2012, pp. 344-351. Disponible en: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6406461>; y GOODMAN, B. Y FLAXMAN, S.: “European Union regulations on algorithmic decision-making and a right to explanation”, *AI Magazine*, Vol 38, núm. 3, 2017, pp. 1-9.

En quinto lugar, están las personas transexuales y transgénero, las más necesitadas de un derecho al olvido digital, como podremos apreciar en este trabajo, en tanto en cuanto necesitan de esa disociación con su identidad pasada para poder desarrollarse plenamente en el presente. En sexto lugar, encontramos a los presos, cuya reinserción social se podría ver mermada por el constante recordatorio *online* de los errores del pasado.

Con todo lo anterior, y partiendo, por un lado, de la premisa de que las personas en situación de vulnerabilidad tienen mayor riesgo de ver su dignidad y bienestar menoscabados, y, por otro, de la premisa de que las personas son o devienen vulnerables precisamente por resultarles más complicado ejercer sus derechos y llegar (o retornar) a un nivel digno de bienestar y dignidad, las dos grandes organizaciones europeas por excelencia han identificado, a través de diferentes instrumentos normativos, grupos específicos o colectivos de personas vulnerables. En terminología de Bobbio, se ha apreciado un “proceso” paulatino “de especificación” de los derechos humanos¹⁶⁶ que no ha significado otra cosa que la paulatina “protección singularizada de los derechos” en función de la pertenencia a grupos caracterizados “por su especial vulnerabilidad o desprotección”¹⁶⁷.

Así, sin entrar todavía en el binomio privacidad-vulnerabilidad, en lo que a la protección genérica de las personas vulnerables se refiere, debemos citar, aunque no sea objeto de análisis en este trabajo, debido a su influencia y recepción en el sistema europeo de los derechos humanos, en el seno del CdE, por ejemplo, el énfasis programático hacia los itinerantes¹⁶⁸ (desde inmigrantes irregulares, refugiados, personas desplazadas hasta solicitantes de asilo), los menores¹⁶⁹, y personas en riesgo de exclusión social¹⁷⁰. Del mismo modo, en el seno de la UE, si bien de los Tratados no extraemos referencias terminológicas a la vulnerabilidad, sí que existe un aumento progresivo en el lenguaje basado en la vulnerabilidad tanto en el derecho vinculante como programático. Son

¹⁶⁶ BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos* (trad. DE ASÍS ROIG, R.), Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 10-15.

¹⁶⁷ TRINIDAD NUÑEZ, P.: “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4., pp. 125-126.

¹⁶⁸ Resolution 1509 *Human rights of irregular migrants* of 27 June 2006; Recommendation 1802 *Situation of longstanding refugees and displaced persons in South-Eastern Europe* of 27 June 2007; Resolution 1637 *Europe’s boat people: mixed migration flows by sea into Southern Europe* of 28 November 2008; Recommendation 1862 *Environmentally induced migration and displaced: a 21st century challenge* of 30 January 2009.

¹⁶⁹ Recommendation 1371 *Abuse and neglect of children* of 28 April 1998.

¹⁷⁰ Resolution 1946 *Equal access to health care* of 26 June 2013; Resolution 1884 *Austerity measures- a danger for democracy and social rights* of 26 June 2012.

numerosos los instrumentos normativos que se refieren a grupos específicos vulnerables en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (desde itinerantes hasta víctimas de delitos)¹⁷¹, en el contexto de las políticas sociales (desde menores, personas de etnia gitana hasta otros grupos social y económicamente vulnerables -sobre todo aquellos más afectados por la crisis financiera-)¹⁷². En lo que al *soft law* europeo se refiere, este designa una gama mucho más amplia de personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Todo ello lo veremos en los capítulos correspondientes.

Además, en Europa, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, contamos con una serie de garantías jurisdiccionales que han puesto especial énfasis en la protección efectiva de las personas vulnerables, no sólo a través de las salvaguardias del TJUE, sino también con la protección otorgada por el TEDH y el CEDS. Simplemente puntualizamos que la noción de vulnerabilidad la encontramos sobre todo en la jurisprudencia del TEDH y del CEDS, aunque esta no provea una definición clara y concisa, sino más bien criterios para identificar elementos de vulnerabilidad relevantes a la hora de discernir sobre potenciales violaciones de los derechos fundamentales. Así ha sido el caso de víctimas de torturas o tratos degradantes, prisioneros, solicitantes de cualquier protección internacional, grupos discriminados por motivo de sexo, orientación sexual, raza, etnia, discapacidad o edad, e incluso se han tenido en cuenta otras circunstancias objetivas para mejor valorar dicha vulnerabilidad. En ambos sistemas observamos como el concepto de vulnerabilidad ofrece un nuevo enfoque para hacer frente al examen hermenéutico *iusfundamental* y para aplicar las normas europeas de los derechos humanos.

De tal forma, y en lo que a la protección de datos y el derecho al olvido se refiere, no se puede obviar que, para paliar la vulnerabilidad, al igual que para asegurar la seguridad

¹⁷¹ *Vid.*, por ejemplo, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo; y la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

¹⁷² *Vid.*, por ejemplo, la Directiva 2000/43/CE: aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

y calidad de los datos, se requiere de una suerte de empoderamiento de aquellos afectados a través de mecanismos que les ubiquen en condiciones de igualdad, con igualdad de armas (digitales) ante los desafíos de la era tecno-digital. En efecto, debemos recordar que la igualdad, como valor supremo del ordenamiento europeo (y, por supuesto, también del español) tiene una dimensión objetiva (o teleológica) por su transcendencia en el cimiento y mantenimiento de un Estado social y democrático de Derecho y una dimensión subjetiva, en tanto que derecho fundamental subjetivo intrínsecamente vinculado a la dignidad humana. En tal sentido, la igualdad opera no sólo desde un punto de vista formal (principio de igualdad de trato ante la ley) sino también desde un punto de vista material (principio de igualdad efectiva a través de mecanismos o medidas especiales de protección o de mejora de las condiciones de aquellos sistémicamente más desfavorecidos). Se ha demostrado que el empoderamiento juega un papel transcendental en la reducción de la exposición al daño (y por ende en la reducción de la vulnerabilidad) y en la mejora de la resiliencia, entendida como estrategia restaurativa para superar un daño¹⁷³. Uno de estos mecanismos de empoderamiento deberá forzosamente ser el derecho al olvido, como una de estas garantías para el reforzamiento de los derechos fundamentales de las personas más vulnerables en la era de la transformación digital, cuya finalidad, es, a fin de cuentas, promover condiciones para que la libertad e igualdad de la persona y de determinados grupos sean reales y efectivas.

II.3 Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al derecho al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales

¿Qué es la memoria sin el olvido? No hay luz sin oscuridad, bien sin mal, perdón sin ofensa, calor sin frío, lo positivo sin lo negativo, o la vida sin la muerte; rechazando la máxima *expressio unius est exclusio alterius*, nos descantamos por la máxima de que la existencia de la memoria y el recuerdo necesariamente implican la ausencia del olvido, probando así, su propia existencia. Quizás los dualismos atribuidos a la dialéctica cartesiana y hegeliana sean los culpables de este categórico pensamiento binario, pero la

¹⁷³ LIEVENS, E.: “Children and Peer-to-peer Risks in Social Networks: Regulating, Empowering or a Little Bit of Both?”, en VAN DER HOF, S., VAN DEN BERG, B. y SCHERMER, B. (Eds.) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Springer, The Hague, 2014, pp. 201-206; THIERER, A.: “A Framework for Responding to Online Safety Risks”, en VAN DER HOF, S., VAN DEN BERG, B. y SCHERMER, B. (Eds.) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Springer, The Hague, 2014, p. 59; y CASAROSA, F.: “Protection of minors online: Available Regulatory Approaches”, *EU Working Papers-Robert Schuman Advanced Studies*, Vol. 15, 2011, p. 15.

pregunta sigue siendo válida. Una potencial respuesta nos la proporciona el poeta Mario Benedetti en su libro de poemas *El olvido está lleno de memoria*¹⁷⁴. Adelantamos que, si bien en su poesía hemos encontrado un lugar predilecto para reflexionar, y dice grandes verdades sobre las injusticias de ciertos actos de amnesia forzada, no concordamos del todo con su incompreensión ante la existencia del olvido o la necesidad de evitar el recuerdo como intento de frenar el remolino que a veces supone, u ocasiona, la memoria.

De una parte, resulta paradójico, y realmente fascinante, la persistencia con la que el ser humano, a lo largo de la historia de la humanidad, en un plano colectivo, ha tratado de mejorar su capacidad de recordar información y conmemorar eventos significativos, y al mismo tiempo, en un plano individual, impelido por el temor de su incapacidad de olvidar (pues “nada graba tan fijamente alguna cosa a nuestra memoria como el deseo de olvidarla”¹⁷⁵), se ha visto impulsado a tratar de forzarlo, siendo, a veces, la abstención del recuerdo una cuestión de supervivencia. De hecho, el principio de autoconservación es parte inherente de la biología humana, y, de nuevo, paradójicamente, el propio cerebro utiliza la supresión como medida contra una mayor destrucción. Los estudios pioneros en el campo de la Biología y la Neurociencia, han estudiado los mecanismos moleculares y celulares del olvido activo que realiza nuestro propio cerebro, desbancando el mito de que el olvido es un proceso pasivo: resulta que el cerebro está ingeniosamente diseñado para olvidar, y esto es algo positivo para el conjunto de su sistema¹⁷⁶.

De otra parte, podría parecer una tarea sumamente osada el aventurarnos en el estudio del olvido, y defenderlo como garantía de los derechos fundamentales en el momento actual en el que se ha dejado de sobra claro, a nivel mundial, que ciertos actos no gozan ni de perdón ni de olvido y que el borrado de la historia supone la peor profanación de la preservación de certidumbres y, en última instancia, de las verdades, de la humanidad. Desde luego, el entorno sociopolítico actual, caracterizado por el rechazo absoluto a la censura, caracterizado por los discursos de la memoria histórica -que más parecen, a veces, querer reescribirla- y por las demandas de que las transgresiones totalitarias de la historia y los crímenes de guerra y lesa humanidad sean perseguidos y castigados, no ofrece las condiciones más favorables para la tranquila contemplación, exaltada defensa,

¹⁷⁴ BENEDETTI, M.: *El olvido está lleno de memoria*, Visor, Madrid, 1995.

¹⁷⁵ Michel de Montaigne, citado por ROSSI, M. *La Memoria Transgeneracional*. Peter Lang, Oxford, 2016, p. 289.

¹⁷⁶ Todo ello se resume en GRAVITZ, L.: “The forgotten part of memory. Long thought to be a glitch of memory, researchers are coming to realize that the ability to forget is crucial to how the brain works”, *Nature*, 24-07-2019. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02211-5>.

o al menos la apertura a la aceptación de un derecho al olvido. No obstante, ni los derechos, ni las posiciones teóricas son absolutas. A tal respecto, encontramos muy esclarecedoras las reflexiones de Sánchez Martínez, pues para el ejercicio libre y pleno de los derechos fundamentales, entre los que cita destacamos la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, la persona:

“necesita, a veces, recordar y, otras veces, olvidar un pasado que se proyecta hacia el futuro, condicionando el propio desarrollo personal. La construcción del futuro necesitaría, en ocasiones, desenterrar el pasado, en otras ocasiones enterrarlo, unas veces conocer y otras desconocer. Aunque ni el recuerdo ni el olvido pueden imponerse, sí se puede facilitar o dificultar la difusión de ciertos acontecimientos o datos para hacerlos presentes o ausentes en la formación de la memoria colectiva y desde ahí hacer más o menos posible el recuerdo o el olvido”¹⁷⁷.

Dicho lo cual, tampoco podemos ignorar que las grandes religiones mundiales se han erigido sobre la base del perdón, el olvido y la premisa de la ‘impermanencia’. La mayoría de las religiones del mundo incluyen enseñanzas sobre el perdón. Así, el Judaísmo pone como obligación moral el perdonar cuando hay arrepentimiento sincero (la llamada *teshuva* como acto piadoso o de expiación) y dedican un día especial, el *Yom Kippur*, para hacer un esfuerzo colectivo e individual para realizar la *teshuva*. En el Cristianismo, el perdón juega un papel principal, no sólo como modelo vital y esfuerzo personal en las relaciones con el prójimo, sino como obligación moral para estar en paz con Dios, sobre todo cuando se han cometido conductas contrarias a la moral cristiana. De una parte, y quizás la lección más importante que proporcionan las enseñanzas cristianas (palmaria en su segundo mandamiento) es una suerte de olvido de uno mismo para amar y servir al prójimo, conectándose con el despojo del egoísmo y la apertura hacia la abnegación y la humildad; ambas producto del olvido de uno mismo. Aunque se tiende a interpretar, de manera equivocada, la humildad y el servicio cristiano a través de ese “auto olvido”, estos no implican el menosprecio de uno mismo, sino, como matiza C.S. Lewis “no es pensar **menos de ti mismo**, es pensar **menos en ti mismo**” (énfasis nuestro)¹⁷⁸. Por otra parte, el arrepentimiento y su subsiguiente perdón por un todopoderoso y misericordioso Dios van

¹⁷⁷ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O.: “Un derecho de palabras y silencios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXV, 2019, pp. 195-196.

¹⁷⁸ El texto original es de 1947, pero salió publicado en una hoja parroquial (C.S. Lewis’ 1947 essay ‘On Forgiveness’, de la Iglesia de Santa María en Sawston, Cambridgeshire). *Vid.*, en tal sentido, LEWIS, C.S.: *The Weight of Glory* (1949), Harper Collins, New York, 2001, pp. 181-183; y LEWIS, C.S.: *Essay on Forgiveness* (1947), Macmillan, London, 1960, pp. 1-2.

necesariamente ligados al olvido e implican una suerte de *tabula rasa*; idea que vemos es uno de los *leitmotifs* de la Biblia que pivota alrededor de la Redención, el perdón universal de hechos del pasado, presente y futuro¹⁷⁹.

En el Islamismo, la propia palabra *Islam*, derivada del término *Salem*, significa ‘paz’, constituyendo el perdón un requisito previo para la auténtica paz¹⁸⁰. En análoga línea, las enseñanzas sobre el olvido y la mutabilidad se ven bien reflejadas en las religiones orientales del mundo. En el Budismo, existe la llamada *annica* (impermanencia) como canon y doctrina esencial que, a grandes rasgos, afirma que toda existencia es transitoria, evanescente e inconstante, quedando todo expuesto a un continuo nacimiento, cambio, decadencia y destrucción; la *annica* se incluye como la primera de las tres fases o marcas de la existencia hacia la iluminación y sus premisas han sido intensamente adoptadas por la filosofía y estética zen japonesa (los conocidos *mujō* y *Mono no aware*). De manera similar, en el Hinduismo, el equivalente del término budista, la *anitya*, también se construye en sus principales textos espirituales.

Desde luego, el perdón, que va, necesariamente de la mano del olvido, tiene efectos positivos en el bienestar de la persona, mantiene el orden social, fomenta las relaciones sociales, y, lo más importante de todo, es una fuerza liberadora para el espíritu y rehabilitadora para la dignidad humana. De igual manera, la filosofía oriental sobre la impermanencia, sobre todo su versión japonesa, tiene como fin último, a través de un entendimiento de que todo es transitorio y mutable, lograr la felicidad. El refrán popular reza “más vale pedir perdón que pedir permiso” y Kant proclamaba que la razón necesita libertad¹⁸¹. Pues bien, por qué no seguir algo que tenemos tan interiorizado también en nuestra faceta vital digital: vivir y expresarse en libertad, abrazando esa espontaneidad que a veces caracteriza nuestras palabras y actos, y, en caso de arrepentimiento, de haber

¹⁷⁹ Con relación a la todopoderosa misericordia de Dios demostrada a través de un olvido ciego tras un acto de contrición y de acercamiento destacamos los siguientes extractos bíblicos: “Porque seré propicio a sus injusticias, Y nunca más me acordaré de sus pecados y de sus iniquidades” (Hebreos 8:12-13); y “El volverá a tener misericordia de nosotros; sepultará nuestras iniquidades, y echará en lo profundo del mar todos nuestros pecados” (Miqueas 7:19). Con relación a la importancia de dejar el pasado atrás: “No os acordéis de las cosas pasadas, ni traigáis a memoria las cosas antiguas. He aquí que yo hago cosa nueva; pronto saldrá a luz; ¿no la conoceréis? Otra vez abriré camino en el desierto, y ríos en la soledad” (Isaías 43:18-19); “Hermanos, yo mismo no pretendo haberlo ya alcanzado; pero una cosa hago: olvidando ciertamente lo que queda atrás, y extendiéndome a lo que está delante” (Filipenses 3:13).

¹⁸⁰ Resulta interesante que, si bien, según el Corán la justa pena por una injusticia es equivalente a la retribución, también dice que aquellos que perdonan y mantienen la justicia son recompensados por Allah, pues él no quiere a los injustos ni a los despiadados.

¹⁸¹ Vid. los textos destacados de Kant en ECHEGOYEN OLLETA, J.: *Historia de la Filosofía. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna*, Editorial Edinumen. Disponible también en: <https://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-Libertad.htm>

llegado a cierta madurez, o simplemente en caso de haber cambiado de parecer e identidad, con la misma libertad poder enterrar actos de libertad pasados. Mejor pecar por excederse en la libertad que pecar de esconderse en la autocensura.

Intentamos, además, ampararnos en el hecho de que este trabajo acomete el estudio de otro tipo de perdón y de olvido, uno que despliega sus efectos en el entorno virtual, y lo hace, precisamente, no solo para permitir el libre desarrollo de la identidad y de la autonomía individual, sino también, y sobre todo, para proteger aquellos colectivos de personas que son víctimas directas de conductas deplorables, o sufren los daños colaterales que conlleva el confiar plenamente en la Red; es decir, no pretende resguardar a los sujetos que causan dolor y angustia, sino a los que lo padecen. Por último, encontramos cobijo científico en tratar el controvertido tema del olvido en cuanto este es, tal vez para sorpresa de algunos, parte innata del funcionamiento de cualquier ciencia del conocimiento (aunque es especialmente cierto en las ciencias puras como la química, las matemáticas o la computación). En el ámbito de la investigación científica, en general, se recurre constantemente al olvido en tanto en cuanto es necesario rechazar información desactualizada, superflua o irrelevante, sobre todo si no tiene cabida en el progreso científico o ayuda a avanzar el conocimiento. Este cupo, no de sesgo sino de olvido, es requisito básico de lo que algunos han llamado el “oblivionismo” científico¹⁸².

Al mismo tiempo, y aunque trazaremos esta idea a lo largo de este trabajo, abogamos precisamente por un derecho al olvido que no se identifique con la censura de contenidos, en tanto en cuanto se basa en la desvinculación de información personal en la Red, y no de su fuente original (a no ser, por supuesto, que en esta se haya tratado o esté tratando, con incumplimiento de la normativa de protección de datos y de los principios que la estructuran). Se trata, pues, de evitar que la máxima que expone Osten (“vivimos del pasado y perecemos por el pasado”¹⁸³) sea el reflejo y la penitencia de los que nos ha tocado vivir en la era digital.

Como ha mostrado el análisis de los apartados anteriores, el desarrollo y perfección de las NTIC y los sistemas informáticos específicos de la Red, así como su adopción y adaptación a todas las facetas de la vida, ha reconfigurado el significado y el uso de

¹⁸² WEINRICK, H.: *Lethe: the Art and Critique of Forgetting* (trad. RENDALL, S.), Cornell University Press, Ithaca, 2004, p. 214; o, más recientemente, VALENTINUZZI, M.: “Oblivion Phenomenon in Science” *IEEE Pulse*, Vol. 10, núm. 6, 2019, pp. 2019, pp. 20-22.

¹⁸³ OSTEN, M.: *La memoria robada. Los sistemas digitales y la destrucción de la cultura del recuerdo. Breve historia del olvido* (trad. VEGA, M.A.) Ediciones Siruela, Madrid, 2008, p. 39.

determinados términos, incluyendo los que pudieran parecer exentos de necesidad de aclaración; entre ellos, indudablemente, se encuentra el término de permanente actualidad: el ‘olvido’. El Diccionario de la Lengua Española de la RAE, en su primera acepción define el *olvido* como la “cesación de la memoria que se tenía”, y lo matiza definiendo *echar al (o en) olvido* “dejar de retener en la mente”¹⁸⁴. La propia Biología nos proporciona ejemplos paradigmáticos que aluden a la otra faceta del olvido: esa cesación devenida en descarte o destrucción. La persona, sin entrar todavía en aspectos psicológicos o identitarios, es completamente distinta a nivel biológico por el mero paso del tiempo pues todas las células humanas se destruyen y se renuevan cada siete a diez años; en el caso de las células principales de la epidermis este proceso ocurre cada dos semanas. En otras palabras, la destrucción, mejora y el renacimiento del ser humano es un proceso natural y necesario para su propia existencia y bienestar.

Es bien sabido que el olvido ha estado tradicionalmente vinculado a la Neurología y a la Psiquiatría, como ciencias de la salud que han estudiado y evaluado el binomio memoria-olvido en el contexto del trauma (bien con respecto a la amnesia postraumática o bien con respecto a trastornos postraumáticos caracterizados por la superestimulación memorística)¹⁸⁵ o en relación con el deterioro cognitivo propio de enfermedades neurodegenerativas como el Parkinson o el Alzheimer. Con respecto a las primeras, destacamos el estudio del trastorno de estrés postraumático que hace Schöenberg, que además de explorar la limitada capacidad de la memoria humana, sostiene que el propio cerebro descarta y suprime aquella información que no considera crítica e imprescindible, para dar cabida a nuevos conocimientos y muestra los beneficios del olvido para la recuperación de ciertas experiencias vitales¹⁸⁶. Con respecto a las segundas, resultan particularmente interesantes, dado el objeto de este trabajo, los estudios sobre esta última enfermedad neurodegenerativa, conocida como la ‘enfermedad del olvido’, que

¹⁸⁴ Olvido. (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española* (23ª ed.). Disponible en: <https://dle.rae.es/olvido>

¹⁸⁵ Vid., por todas, las contribuciones que se encuentran en LINDEN, M. y RUTKOWSKI, K. (Eds.) *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013. Para estudios concretos de los beneficios psicológicos del olvido, sea para aumentar la creatividad o para disminuir los efectos emocionales de eventos traumáticos, vid., por todos, STORM, B.C., and PATEL, T.N.: “Forgetting as a Consequence and Enabler of Creative Thinking”, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, Vol. 40, núm. 6, 2014, pp. 1594-1609; y BREWIN, C.R.: “Remembering and forgetting” en FRIEDMAN, M., KEANE, T. y RESICK, P. (Eds.), *Handbook of PTSD: Science and Practice*, Guilford Press, New York, 2014, pp. 200-218.

¹⁸⁶ SCHÖENBERG, M.: “Pathological Modes of Remembering: The PTSD Experience”, en LINDEN, M. y RUTKOWSKI, K. (Eds.) *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013, pp. 71-82.

demuestran las ventajas y efectos positivos de una supresión orientada y controlada (*directed forgetting*) de la información o recuerdos ‘irrelevantes’, para dejar paso a los ‘relevantes’¹⁸⁷.

Aprovechamos este punto para efectuar una reflexión más sobre la enfermedad del olvido. Son numerosos a los que les aterroriza el olvido, aludiendo a la tristeza y angustia que causa una memoria efímera y la pérdida progresiva y crónica de esa función cognitiva tan esencial para todas las facetas de la vida; bien conocemos los que tenemos implacablemente esculpido en nuestra memoria el ti vivo de emociones y los momentos desgarradores que supone atender a aquellas que sufren esta enfermedad. Como una vela que se va apagando a medida que transcurre el tiempo, el destino final de aquellas víctimas (directas e indirectas) que la sufren está predestinado: la oscuridad y el silencio. Se ha hablado, en variados contextos, incluso del olvido como una forma de muerte, el paso necesario hacia la muerte o la muerte en sí misma¹⁸⁸.

Ahora bien, queremos efectuar dos puntualizaciones. Primera: no solo del recuerdo vive el hombre, pues quien solo de recuerdos (y del pasado) vive, si bien no necesariamente una muerte prematura, le espera una vida igual de angustiosa. Incluso, en ocasiones, vivir únicamente del presente supone conquistar las ansiedades de la vida, pues vivir en el momento nos libra de las cadenas pesadas del pasado¹⁸⁹. Nos conformamos a medias con lo que dicen algunos: que la memoria es la base de nuestra personalidad, que somos lo que hacemos, lo que decimos y lo que nos pasa (“somos en cada momento la memoria de nosotros mismos”¹⁹⁰). Nuestro pasado indudablemente nos condiciona, pero no nos determina. En la búsqueda individual de cada uno por averiguar

¹⁸⁷ EL HAJ, M.: “Memory suppression in Alzheimer’s disease”, *Neurological Sciences*, Vol. 37, 2016, pp. 337-343.

¹⁸⁸ Destacamos las célebres palabras de Gabriel García Márquez: “la muerte no llega con la vejez sino con el olvido”. Asimismo, destacamos la interpretación que hace Marín del mitológico río Lete: “*Su raíz aparece en el nombre del río Leteo, el río del olvido, y en el adjetivo «letal», lo que produce la muerte. Que el olvido sea letal y lo que causa la muerte significa que el olvido es la forma del tránsito del mundo de los vivos al de los muertos, el río en el que hay que dejar cuanto se traía hasta quedar despojado de uno mismo para ser casi invisible, una sombra irreconocible. De ahí que la muerte se presente como una transfiguración por desvanecimiento que hace perder la visibilidad, esto es, el cuerpo, y la identidad, es decir, los recuerdos. Ambos, el cuerpo y los recuerdos son lo que se queda roto al otro lado de la ribera del río del olvido, en el mundo de los vivos, ambos amenazados de deshacerse en el olvido*”. Vid. MARÍN, H.: “Muerte, memoria y olvido”, *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 37, 2006, pp. 312-313.

¹⁸⁹ Tal vez Paulo Coelho lo haya dicho mejor en *La Quinta Montaña* (1996) y en *Aleph* (2011): el regalo de la vida está en vivir en el momento, en el presente, y en caso de pasados que nos dejas insatisfechos, el olvido, la reinención y el presente son la solución.

¹⁹⁰ SEGOVIA DE ARANA, J.M.: “Memoria y olvido” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 80, 2003, p. 633.

quién es, las respuestas se hallan en el presente: inspirados por el *remake* de la película *Total Recall* (2012) transcribimos la que consideramos la escena más significativa:

“¿Qué es lo que quieres? [...] Quiero recordar [...] ¿Por qué? [...] Para poder ser yo mismo [...] Es la búsqueda de cada hombre para averiguar quién es realmente, pero la respuesta a eso está en el presente, no en el pasado [...] Pero el pasado nos dice en quién nos hemos convertido [...] El pasado es una construcción de la mente. Nos ciega. Nos engaña para que lo creamos. Pero el corazón quiere vivir en el presente. Mira allí. Encontrarás tu respuesta”.

Segunda, no podemos equiparar las circunstancias que rodean la memoria (y olvido) humano con la memoria (y “olvido”) digital, por la simple pero aplastante razón de que el primero está fuera de nuestro control, es decir, nos viene impuesto; en cambio, en el segundo, somos nosotros, de manera informada, consciente y voluntaria los que decidimos dejar algo en el olvido, y usar una libertad¹⁹¹, autonomía y dignidad de las cuales la imperfecta memoria humana, en general, y la plagada por vacíos y lagunas, en particular, nos despojan. Concomitante con estas ideas, resulta igualmente triste y angustioso que la persona tenga que llevar siempre consigo el lastre de su pasado, viviendo, irremediamente, un presente perpetuamente atenazado por el mismo.

Hasta ahora, había sostenido que las premisas neurotécnicas de la memoria humana se concentraban en el hipocampo (en el caso de la memoria remota) y en la corteza prefrontal (en el caso de la memoria inmediata o próxima) y que los procesos humanos de memoria dependían de la transición de la segunda a la primera, sea por impacto o repetición¹⁹². Con carácter añadido, resulta interesante el análisis y la tipología que nos presentan Schock y Knaevelsrud sobre la memoria y su correlación con el trauma (o la retraumatización) en función del sistema de memoria fisiológico: ellos hablan del hipocampo y la amígdala, dividiendo la conocida memoria a largo plazo en dos categorías: la memoria explícita y la memoria implícita¹⁹³. En el caso de la primera, a la que también denominan “memoria declarativa” (o “fría” siguiendo su metáfora térmica),

¹⁹¹ Pues el olvido, en palabras de Khalil Gibran, es una forma de libertad.

¹⁹² Así lo he defendido, basándome en las teorías de Preston y Eichenbaum, en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. X, 2017, p. 233. *Vid.*, por tanto, PRESTON, A.R., and EICHENBAUM, H.: “Interplay of hippocampus and prefrontal cortex in memory”, *Current Biology*, Vol. 23, núm. 15, 2013, pp. 764-773.

¹⁹³ SCHOCK, K. y KNAEVELSRUD, C.: “Retraumatization: The Vicious Circle of Intrusive Memory” en LINDEN, M. y RUTKOWSKI, K. (Eds.) *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013, pp. 61-62.

declaran que los recuerdos, por un lado, pueden recuperarse conscientemente, pues el contenido del evento en cuestión está disponible y accesible fácilmente, y, por otro lado, el contenido recordado incluye no solo la información básica sino también la circunstancial (elementos espaciales, temporales, otras personas presentes, etc.). En contraposición, en el caso de la segunda, a la que también llama “memoria no declarativa” (o “caliente” siguiendo la supracitada comparación), los recuerdos son imprevisibles e inconscientes, pues estos se almacenan únicamente en función de la percepción sensorial y emocional del evento en cuestión, o, como lo abordan ellos “en el marco de una red asociativa” que solo requiere “la activación de un único elemento” para habilitar el acceso al recuerdo.

Llegados a este punto, podemos sugerir un auténtico paralelismo inverso entre la memoria humana y lo que algunos autores han llamado la memoria colectiva o social¹⁹⁴ en el mundo virtual, algunos otros la memoria “transaccional”¹⁹⁵ y otros simplemente la memoria digital¹⁹⁶. Con independencia del término que se utilice, el problema que surge parece claro: cuando las relaciones humanas son confiadas, y la memoria humana está relegada, a infinitos bancos de datos y a una amalgama ilimitada de herramientas y

¹⁹⁴ ESPOSITO, E.: *La memoria sociale. Mezzi per comunicare e modi di dimenticare*, Laterza, Roma, 2001; y más recientemente, SALARELLI, A.: “Diritto all’oblio e archivi online dei quotidiani: alcune considerazioni sulla memoria sociale ai nostri tempi”, *JLIS: Italian Journal of Library, Archives, and Information Science*, Vol. 5, núm. 1 (enero) 2014, p. 1; y GARCÍA-GAVILANES, R. MOLLGAARD, A. TSVETKOVA, M. e YASSERI, T.: “The memory remains: Understanding collective memory in the digital age”, *Science Advances*, Vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 1-7.

¹⁹⁵ WEGNER, D.M.: “Transactive memory: a contemporary analysis of the group mind”, en MULLEN B. y GOETHALS G.R. (Eds) *Theories of group behaviour*, Springer Nature, Basel, 1987, pp. 185-208, y más adelante en SPARROW, B., LIU, J., y WEGNER, D. M.: “Google effects on memory: Cognitive consequences of having information at our fingertips”, *Science*, Vol. 333, núm. 6043, 2011, pp. 776-778; WARD, A. F.: “Supernormal: How the Internet is changing our memories and our minds”, *Psychological Inquiry*, Vol. 24, núm. 4, 2013, pp. 341-342; y FIRTH, J. TOROUS, J., STUBBS, B. FIRTH, J.A., STEINER, G.Z., SMITH, L., ALVAREZ-JIMENEZ, M., GLEESON, J., VANCAMPFORT, D., ARMITAGE, C.J. y SARRIS, J.: “The ‘online brain’: how the Internet may be changing our cognition”, *World Psychiatry*, Vol. 18, 2019, p. 122. Estos dos últimos, de hecho, hablan de las consecuencias nefastas que produce la memoria ilimitada de Internet para las funciones cognitivas: desde la reducción de la capacidad de atención y la memoria semántica hasta problemas socio-psicológicos de la ubicuidad que caracteriza a la red de redes.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles del derecho al olvido...*op.cit.*, p. 233: “En primer lugar, se trata de una memoria que almacena no sólo toda la información generada por los usuarios de forma manual o directa, sino también toda aquella información generada por su comportamiento. En segundo lugar, se trata de una memoria que trasciende los límites de la memoria humana, diseñada ingeniosamente con la capacidad de olvidar. Centrándonos en este segundo rasgo, es cierto que hasta la revolución digital, la información se materializaba y expresaba de una manera concreta y manejable, dependiendo ineludiblemente del paso del tiempo para su gradual pérdida u olvido. Sin embargo, nuestra memoria ya no está únicamente instalada en nuestro interior pues las actuales tecnologías amplían nuestras memorias en forma de bytes almacenados en dispositivos físicos o en realidades virtuales, que hacen que nuestros recuerdos se conserven de manera exacta e indefinida incluso más allá de nuestro propio olvido”.

sistemas, que permiten el almacenamiento por tiempo indefinido y la accesibilidad inmediata, con independencia del contexto espacio-temporal, perdemos la capacidad de controlar nuestra propia identidad e existencia. Es incontestable que las personas dejamos una huella digital: “*Incluso la más retraída y menos proactiva de las personas deja, en la actualidad, un rastro de su existencia*”¹⁹⁷, venga este dado por las exigencias de vivir en un sistema democrático, y por tanto, burocrático, o venga de las consecuencias naturales de interactuar en la Red, haciendo la expresión *quod nos est in Google, non est in mundo*¹⁹⁸ tan cierta como reveladora y desconcertante. Todo lo que se le ha confiado a la Red, sea de manera consciente o no, sea de manera consentida o no, queda barnizado en un espacio sin fronteras y que no conoce límites. El personaje de Borges Funes el Memorioso, y su sueño como depurador de recuerdos, terminó encontrando un competidor feroz¹⁹⁹. Como bien decía Touriño²⁰⁰, si algo han traído Google y sus competidores análogos ha sido el epítome de la memoria, trayéndola a primera línea de batalla; una batalla existente desde hace décadas entre el derecho cuasi colectivo al acceso ilimitado al conocimiento e ideas y la intimidad y autodeterminación informativa del individuo. La memoria, hasta ahora, en palabras de Osten:

*“[ha sido] experta en el trato con asociaciones auto-generadas y clarividencias conexas, de repente se encuentra otra vez -y en cuanto usuaria habituada a capacidades de almacenaje- con conexiones formales técnicamente determinadas y dependiente de las ‘máquinas de búsqueda’ digital”*²⁰¹.

En efecto, la infalibilidad de la memoria absoluta de Internet se contradice con los límites de la memoria humana, lo que sin duda alguna significa que las huellas que dejamos en el mundo digital, permanecen y nos siguen, como una sombra²⁰², dondequiera que vayamos. Frente a este horizonte desconcertante, no vemos otra forma de resumirlo

¹⁹⁷ DELGADO VALLE, E.: “Derecho al recuerdo en Internet”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.): *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 436.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “¿Quién debería olvidarnos en Internet?” *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 864 (junio), 2013, pp. 1-3.

¹⁹⁹ BORGES, J.L.: “Funes el Memorioso”, en *Ficciones. El Aleph. El Informe Brodie (1942)*, Destino, Barcelona, 2009, pp. 51-55.

²⁰⁰ TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2014, p. 24.: “*Si algo han dado Google y compañía a la causa de la vida es precisamente eso, memoria. La información siempre ha existido, pero su acceso y localización nunca habían sido tan rápidos y sencillos como en la actualidad*”.

²⁰¹ OSTEN, M.: *La memoria robada. Los sistemas digitales...op.cit.*, p. 79.

²⁰² GHEZZI, A., GUIMARES PEREIRA, A., y VESNIC-ALUJEVIC, L.: *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, p. 11.

mejor que echando mano de la paradoja, conmovedora a la par que descorazonadora, vertida por Richard Marx en su canción *Right Here Waiting* (1989), tan clásica, romántica, tóxica y atemporal como la propia Red: “*Vayas donde vayas, hagas lo que hagas, estaré aquí esperándote. Lleve lo que lleve, aunque me rompa el corazón, estaré aquí esperándote*” (traducción propia). La memoria digital eterniza el elemento del tiempo, tan arraigado en nuestra propia existencia, pues impide que las personas se separen de su pasado, lo que, a su vez, puede evitar un crecimiento y desarrollo humano saludable. Como también ha afirmado Szekely, en comparación con la memoria digital, la memoria humana es imperfecta²⁰³, porque distorsiona, omite y selecciona aleatoriamente, o no, qué información lleva a extremos desorbitados del recuerdo y qué información envía a la fuente del olvido y la insignificancia.

Si bien no discrepamos de su caracterización de la memoria humana, sí lo hacemos de su consideración contrastiva. Recordemos que la memoria digital que supone la Red y aquellas herramientas de localización instantánea de la información que esa reserva inabarcable encuentra, como los motores de búsqueda, es igualmente imperfecta, pues también distorsiona, selecciona y clasifica la información -no siempre por el mismo criterio objetivo- y siempre la presenta fuera de su contexto temporal original, extrayéndola de los confines más profundos de la tierra del ciberespacio. Como hemos sostenido en otro lugar:

*“la amplia gama de información, a veces anárquica, a veces perfectamente ordenada, pero siempre descontextualizada, en la Red es lo que la hace tan potencialmente perjudicial”*²⁰⁴.

Como ya han expuesto los grandes especialistas en la materia, históricamente, el olvido era la regla y la memoria la excepción, pero hoy en día la transformación tecno-digital ha invertido los roles, elevando al recuerdo no solo como regla por defecto y diseño²⁰⁵ sino como mandamiento absoluto de la deidad en la que se ha convertido la omnipresente, omnisciente y omnipotente Red que dispone y conoce todo. Y, de hecho, incluso siguiendo las categorías propuestas por Schock y Knaevelsrud, esto es incluso más

²⁰³ SZEKELY, I.: “The Right to Forget, the Right to be Forgotten Personal Reflections on the Fate of Personal Data in the Information Society, en GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P., e POULLET, Y. (Eds.) *European Data Protection: In Good Health?*, Springer, Dordrecht, 2012, p. 355.

²⁰⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*, p. 171.

²⁰⁵ En un principio MAYER-SCHÖNBERGER, V.: *Delete: The Virtue of Forgetting...op.cit.*, pp. 2, 44 y 196; y más reciente, RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, p. 17.

problemático, pues la propia naturaleza de la Red, y su versión mejorada gracias a los operadores fieles que residen en ella, hacen que esta sea simultáneamente memoria explícita e implícita, seleccionando lo más perjudicial de ambas: por un lado, es capaz de recuperar todo tipo de información de manera fácil e instantánea y lo puede hacer con la activación de un único elemento -el nombre de la persona-. Esta situación se agrava en tanto en cuanto esta información se presenta vestida de engaño, de manera estructurada y actual, pues la despoja de su contexto y la encabeza como lo más relevante del presente con independencia del trascurso del tiempo.

Si bien no compartimos las perspectivas utilitaristas, por considerar la utilidad contraria a la dignidad e individualidad humana²⁰⁶, hay argumentos de Nietzsche sobre el “perjuicio de la historia para la vida”²⁰⁷, y, por extensión de la memoria, que resultan interesantes en el contexto del derecho al olvido, pues, aunque proporciona argumentos propios de las críticas a la negación histórica, también se sostiene sobre posturas propias de la negación de la filosofía de la historia²⁰⁸. Así, especula sobre el deseo innato, e incluso necesario, de olvidar, para no encerrarse en un horizonte limitado, sin que ello

²⁰⁶ Las perspectivas utilitaristas, cuyo máximo exponente es, sin duda, Jeremy Bentham, se basan en la teoría del consecuencialismo y bajo la premisa de los individuos e instituciones humanas son inevitablemente egoístas e hipócritas, sugiriendo que la humanidad es incapaz de virtud y que el egoísmo debe sustituir a la caridad. Así, para ellos, la acción justa es la que maximiza la utilidad. Para el utilitarista, la utilidad es el equilibrio del placer sobre dolor, de la felicidad sobre el sufrimiento. Para el utilitarismo, los seres humanos nos guiamos por dos sentimientos, el dolor y el placer, gustándonos el placer y odiando el dolor, así que en esto basó su teoría moral: tanto en la vida cotidiana, como en la política, como en la justicia, etc., la acción correcta individualmente o colectivamente es la que maximice el nivel general de felicidad. El utilitarismo de Bentham suele resumirse en el eslogan *"el mayor bien para el mayor número de gente"*. En el utilitarismo solo importa el placer, el dolor y el dinero ('amos' del hombre) debiendo buscarse el mayor placer para el mayor número, aunque tal búsqueda suponga la destrucción de algunos individuos. Por ello, nos decantamos por la perspectiva kantiana y los principios morales categóricos, en cuanto considera que todo ser humano debe obrar de tal modo que dicho acto se pueda convertir en una ley universal, no haciéndole al prójimo lo que no querríamos para nosotros mismos, utilizando al otro como un fin y nunca como un medio. La dignidad humana, para los que todavía defendemos las premisas del iusnaturalismo, tiene un valor intrínseco, no como medio o instrumento que se utiliza para un fin social más amplio o más importante, ni para maximizar la utilidad. Por sí misma, la persona tiene un valor intrínseco que merece ser respetado. Y por tanto, es un error pensar en la justicia o en el derecho como la suma de preferencias o de balances de coste-beneficio. John Stuart Mill, un utilitarista reformado, objeta a parte de la teoría benthamiana e inserta el imperativo categórico de la dignidad humana de Kant, considerando que el respeto de los derechos individuales de las personas es la máxima premisa para conseguir justicia; respetar los derechos individuales es maximizar la utilidad.

²⁰⁷ NIETZSCHE, F.: *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida: II Intempestiva* (trad. CANO, G.) Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

²⁰⁸ A la vez que habla de los peligros del historicismo los defiende: *"Sin esa envoltura de lo ahistórico no habría nunca llegado a ser hombre ni se atrevería a comenzar siquiera a serlo [...] se maravilla de que su memoria gire sobre un mismo círculo incansablemente [...] Es el estado más injusto del mundo pues es estrecho, desagradecido con el pasado, ciego frente a los peligros, sordo a los avisos, algo así como un pequeño torbellino, en un mar muerto de noche y olvido[...] Y, pese a todo, este estado (ahistórico y contrahistórico de principio a fin) es el seno donde no solo nace una acción injusta, sino toda acción justa"*. *Id.* pp. 46-47.

implique descartar reflexiones y críticas de qué es exactamente lo que se debe, o no, olvidar, para no llevar a la ignorancia de las injusticias. Así, por un lado, destaca la cruel y oscura perspectiva que se adopta cuando se suspende temporalmente el olvido²⁰⁹, examinando el pasado, generalmente, despreciando cualquier tipo de justificación o clemencia, perspectiva que se considera peligrosa para la vida misma, en tanto en cuanto se juzga y se aniquila el pasado, desmoronando y degenerando, a su vez, el presente y el futuro²¹⁰. Por otro, recuerda que la verdad antagónica de que todos (como país, como sociedad, como generación -y, por supuesto, como individuos-) somos resultado de nuestro pasado, y que si bien parece imposible liberarse de sus cadenas o errores, ello no impide la lucha innata por una nueva versión renovada y mejorada de uno mismo, en contraposición con la rémora que puede pervivir desde nuestro pasado, una versión o naturaleza que, a base de hábitos, conduce inexorablemente a la transformación posterior de la naturaleza en la principal y hace que la anterior desaparezca²¹¹.

Nietzsche duda de esta posibilidad, pues considera difícil encontrar un equilibrio sano entre la negación del pasado y el triunfo de su superación²¹². No obstante, admite que soportar la carga cada vez más aplastante del pasado, que resulta abrumadora y paralizante, supone un obstáculo para la marcha hacia delante y el desarrollo de la persona²¹³. Habla del exceso de la historia como amenaza constante para la vida; habla de la “sobresaturación” histórica del pasado como fuerza debilitante de la personalidad, como obstáculo para la madurez y píldora peligrosa del cinismo y egoísmo²¹⁴. Así, el olvido de las cadenas del pasado es *conditio sine qua non* de la máxima de la felicidad:

“Si lo que hace aferrarnos y estimularnos a los vivientes a la vida es la felicidad, la aspiración a la renovada felicidad [...] el poder olvidar [...] la capacidad de poder sentir de manera no histórica quien es incapaz de instalarse, olvidando todo lo ya pasado, en el umbral del presente, quien es incapaz de permanecer erguido en un determinado punto, sin vértigo ni miedo [...] no sabrá lo que es la felicidad, o, lo que es peor, no hará nunca nada que haga felices a los demás [...] en toda acción hay olvido, de igual modo que la vida de todo organismo no solo necesita luz sino también oscuridad [...] es posible vivir casi sin recuerdos, e incluso vivir

²⁰⁹ *Id.* p. 66.

²¹⁰ *Id.* p. 52.

²¹¹ *Id.* pp. 66-67.

²¹² *Id.* p. 66.

²¹³ *Id.* p. 41

²¹⁴ *Id.* pp. 76-78.

feliz [...] pero es completamente imposible vivir en general sin olvidar [...] existe un grado de vigilia [...] en el que se daña lo vivo, para, finalmente, quedar destruido [...] en un hombre”²¹⁵.

Muchos estudiosos nos han advertido sobre la oposición y la dualidad olvido/memoria. Resulta difícilmente cuestionable que la historia de la humanidad se ha movido y sigue moviéndose “en un vaivén ininterrumpido entre memoria y olvido”²¹⁶, y por ende, también se mueven así las reflexiones acerca de los mismos. Sin embargo, con el auge incesante de la memoria mnemónica (o si se prefiere “memoria de acero”²¹⁷) de Internet, y su perfeccionamiento a causa de la labor de los motores de búsqueda, el vaivén se desequilibra por completo, para dar paso a una suerte de limbo en el bando de las fuerzas reminiscentes. El híbrido resultante de la simbiosis entre la versión 2.0 de la Biblioteca de Alejandría, la versión 2.0 del Panóptico bentiano y la versión 2.0 de la Galaxia de Gutenberg no supone únicamente una “crisis de valores” en el acceso a información de “calidad”²¹⁸, sino la herramienta clave para sistemas opresivos de los que ya nos advirtieron, entre otros, Orwell, Zamyatin y Huxley²¹⁹. Sin entrar en cuestiones ampliamente estudiadas sobre las nuevas facetas de la vigilancia electrónica, tanto pública como privada (*surveillance*), sí que cabe, al menos, citar al nuevo fenómeno de la *dataveillance* en la era post-Snowden²²⁰ y la transformación del Panóptico al Períptico, en tanto ya ni sabemos quién nos vigila, ni cómo, ni para qué²²¹. En tal sentido, la

²¹⁵ *Id.* pp. 42-43.

²¹⁶ BAUZÁ, H.: *Sortilegios de la memoria y el olvido*, Akal, Buenos Aires, 2015, p. 19.

²¹⁷ KOOPS, B.J.: “Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis of the ‘Right To Be Forgotten’ in Big Data Practice”, *SCRIPTed*, Vol. 8, núm. 3, 2011, p. 2.

²¹⁸ “una crisis de valores al haber confundido cantidad con calidad; así, por ejemplo, nos presentan la falacia de hacernos creer que algo es bueno [o cierto] en tanto ha sido mencionado muchas veces” según BAUZÁ, H.: *Sortilegios de la memoria y el olvido...op.cit.*, p. 118.

²¹⁹ Aldous Huxley en *Un Mundo Feliz* y George Orwell en *1984* han puesto precisamente el acento sobre el problema del trans-humanismo y la “supra-revolución” tecnológica; problemática que se ha hecho realidad y cuya reflexión sigue siendo de lo más acertada a día de hoy.

²²⁰ Una suerte de recogida y agregación panóptica en la que los datos reunidos a través de las prácticas de vigilancia del ciudadano ordinario da paso a mecanismos de vigilancia del Estado, a través de las corporaciones que poseen esos datos. *Vid.*, BAKIR, V. “Veillant panoptic assemblage. Mutual watching and resistance to mass surveillance after Snowden” *Media and Communication*, Vol. 3, núm. 3, 2015, pp. 12-25; y, más recientemente, las referencias que hace Sancho López a la “normalización social de la cultura de la vigilancia” y el concepto de “dataveillance”, en SANCHO LÓPEZ, M.: *El derecho al olvido en el big data: nuevos retos para la protección de la privacidad*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2018, pp. 39-47.

²²¹ SZEKELY, I.: “The Right to Forget, the Right to be Forgotten...op.cit.”, p. 352: “Instead of Panopticon, which suggests the existence of a central hub of surveillance (and is meant to generate in the subjects the feeling that they are under surveillance, thus enforcing their compliance to the prescribed norm), a better metaphor for the society described above would be Peripticon: this, too, is meant to keep society in check by giving its members the feeling that they are being watched, but here nobody knows who the observer is;

transformación digital, en general, y la Red, en particular, se han convertido en el ‘Gran Hermano’ que nos vigila, manipula nuestra libertad y, lo que es peor, están (y nos ponen) al servicio de más de un amo (el Estado-nación en su sentido clásico o desde el prisma de los nuevos “Estados” digitales del que hablábamos más arriba con el ejemplo de *Facebook Nation*).

Tomamos prestadas precisamente las palabras de Orwell “*Quien controla el pasado controla el futuro. Quien controla el presente controla el pasado*”. Si bien esta sombría realidad se presenta sumamente problemática en el caso de que el control se sitúe sobre la cima en la cadena del poder, en un sistema político y ordenamiento jurídico, en el supuesto de que fuera el propio individuo el que tuviera este poder de control, se marcaría una radical diferencia. Inspirados en Rodríguez de las Heras²²², no podemos sino compartir la pregunta con la que da comienzo a su presentación: antes del perfeccionamiento de la era 4.0 había que preguntarse si el destino o lo que nos depara el futuro, estaba escrito; ahora, la pregunta es justo la contraria, ¿determina lo que está escrito (en la Red) lo que nos depara el futuro? La respuesta, a nuestro pesar, es en clave afirmativa.

En este escenario cabe aludir a un retocado *ars oblivionalis*²²³ no solo como respuesta a los retos que plantea la memoria absoluta e indulgente de la transformación digital, en general, y de la Red, en particular, sino también como mecanismo natural adaptado a las exigencias actuales. De ahí que el derecho al olvido se haya denominado un derecho a la “muerte digital”²²⁴. El recuerdo y el olvido son elementos inseparables de la condición humana y del cerebro humano, ingeniosamente diseñados, en su creación y evolución, con esa capacidad de destruir lo superfluo o lo dañino, de lo que se hace eco la expresión que acuña Bauzá y que adaptamos “*bienaventurados los desmemoriados*”²²⁵ porque de ellos es el reino de la paz y la salud emocional. Recordamos y olvidamos selectiva e inconscientemente; a veces somos nosotros mismos los que anhelamos y deseamos olvidar, a veces es el propio cerebro el que, como mecanismo de autodefensa o por

from where and when surveillance is conducted; and who will make use of the results of the observation; when, and in what way”.

²²² RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T.: “El derecho al olvido”, *TEDxUPValència*, 2016.

²²³ WEINRICK, H.: *Lethe: the Art and Critique of Forgetting* (trad. RENDALL, S.), Cornell University Press, Ithaca, 2004, pp. 11-12.

²²⁴ ESCANDÓN PRADA, V.: *El olvido en los tiempos de las fake news*, Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2019, p. 68.

²²⁵ BAUZÁ, H.: *Sortilegios de la memoria y el olvido...op.cit.*, p. 51.

economía organizativa, decide descartar lo irrelevante o imponernos cierto olvido, todo ello con el fin último de no impedir avanzar y disfrutar del presente y el futuro. Las reflexiones de Osten al respecto, y su paralelismo con el paradigma digital actual son de obligada referencia:

“recuerdo y olvido ¿son sólo algoritmos de las funciones del cerebro? ¿Cambia el concepto de la memoria, lenta pero seguramente, del plano individual o colectivo al plano biológico? ¿Es la fragilidad de la memoria en definitiva deudora de la evolución? Así como esta nos regala el recuerdo ¿nos regala también al parecer con el beso del olvido? Con un olvido que nosotros mismos en todo caso fomentamos mientras tanto con vehemencia individual, colectiva y digitalmente. Quizá se podría definir en este sentido la posmodernidad como una sociedad de riesgo anamnético, cuyo saber técnico-informativo entiende al hombre cada vez más como un agregado neuroquímico en tránsito hacia la inteligencia y existencia artificial digitalmente dirigidas”²²⁶.

La naturaleza absoluta y perpetua de Internet, en contraposición con la humana, permitiendo que las huellas que dejamos en el mundo digital, permanezcan y nos sigan, como sombras digitales de manera temporalmente irrestricta, rinde homenaje a las reflexiones del poeta latino Virgilio *sed fugit interea, fugit irreparabile tempus*, o en el caso de la Red, más bien *tempus fugit non autem memoria digitalis*. La puesta a disposición atemporal de la información personal que permite la Red ha dado lugar a un verdadero efecto “eternizador”²²⁷ o “de contemporaneidad”²²⁸ entre lo hecho, dicho (o lo que han hecho o dicho sobre nosotros) en el pasado y el presente, difuminando la línea divisoria entre ambos. Con semejante instrumento, los recuerdos, los buenos, los malos, los feos²²⁹, hasta los no consentidos, quedan grabados en la Red, devenida una suerte de bomba (y subsiguiente lápida) personal o profesional de relojería. Y así, el derecho al olvido, es, a fin de cuentas, poder decidir quiénes somos, poder controlar lo que está escrito sobre nosotros. Si no pudiéramos controlar lo que está escrito en la Red, ¿podríamos controlar realmente nuestro destino?

²²⁶ OSTEN, M.: *La memoria robada. Los sistemas digitales...op.cit.*, p. 105.

²²⁷ DE TERWANGNE, C.: *The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment*, en GHEZZI, A., GUIMARÃES PEREIRA, A., y VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L.(Eds.) *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2014, p. 84.

²²⁸ SUÁREZ VILLEGAS, J.C.: “El derecho al olvido...op.cit.”, p. 40.

²²⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles del derecho al olvido...op.cit.”, p. 234.

En clave jurídica, como apuntan Pagallo y Durante, la memoria y el olvido “cooperan en la construcción de la identidad personal” y son las “dos caras de una misma moneda”²³⁰. En tal sentido, como hemos podido observar, mantener *sine die* cierta información de carácter personal tiene efectos gravemente perjudiciales para la dignidad y el libre desarrollo de la persona y esa construcción de su identidad, llevándole, potencialmente, a ningún otro puerto que al de una suerte de muerte civil -en ocasiones incluso laboral y mercantil-, imposibilitando la autorrealización de cualquier faceta vital. Es precisamente a tal efecto que se han generado no pocas preocupaciones sobre el impacto de la memoria extraordinaria e infalible de las NTIC y en particular de la Red, que lo hace todo más accesible, sobre el libre desarrollo y dignidad de las personas. De esta, precisamente, ha surgido la paradójica necesidad de “acordarse de olvidar”²³¹, pues el olvido, como veremos, tiene más virtudes que vicios en el contexto digital.

Ante nuestra insistencia en el respeto de la dignidad humana, en tanto que “referente metafísico”²³², y la protección de los derechos fundamentales (especialmente, por lo que se refiere a este trabajo, los que denominamos digitales), consideramos importante efectuar unas aclaraciones conceptuales y reflexiones preliminares adicionales. En primer término, cabe resaltar que no compartimos la clasificación generacional de los derechos humanos²³³, pues, en los tiempos actuales, y desde los orígenes del Derecho, la elección de las palabras importa (y mucho –‘quien hace la ley hace la trampa’-), y por ende, preferimos posicionarnos en la necesidad de enfatizar su universalidad, indivisibilidad, interdependencia y su fundamento compartido en la dignidad humana²³⁴. Así, entendemos

²³⁰ PAGALLO, U. y DURANTE, M.: “Legal Memories and the Right to be Forgotten” en FLORIDI, L. (Ed.) *Protection of Information and the Right to Privacy – A new Equilibrium*, Springer, Basel, 2014, p. 19.

²³¹ MAYER-SCHÖNBERGER, V.: “Remembering (to) Delete: Forgetting Beyond Informational Privacy” en THOUVENIN, F. (Ed.) *Remembering and Forgetting in the Digital Age (Law, Governance and Technology Series)*, Springer, Cham, 2018, p. 123.

²³² GUTIÉRREZ DÍAZ, J.M.: *Proyección práctica de la dignidad humana*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2014, p. 11.

²³³ Cuyo máximo exponente fue en su día VASAK K.: “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, *UNESCO Courier 30:11*, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Paris, 1977; y cuya clasificación también se encuentra en numerosos trabajos de excelencia académica, examinando los derechos en esta clave: véase, por todos, SÁNCHEZ FERRIZ, R.: “Generaciones de derechos y evolución del Estado”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.) *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1997, pp. 65-78; PÉREZ LUÑO, A.E.: “Las generaciones de derechos humanos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Coords.) *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 1, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 359-395; y más recientemente, BUSTAMANTE DONAS, J.: “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, *TELOS*, 2010, pp. 1-10.

²³⁴ Recordemos la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993: “Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos

la dignidad humana como “referente humano para la construcción de la universalidad real en derechos, libertades y exigencias de justicia”²³⁵. En segundo término, sí que resulta relevante su materialización como categorías históricas o a través de “*contextos temporalmente determinados*”²³⁶. Como magistralmente apunta Salvioli: si bien las clasificaciones teóricas de los derechos pretenden agruparlos con el fin de incidir en su surgimiento histórico, su reconocimiento, grado de exigibilidad o de las garantías jurídicas al alcance de sus titulares, esto no debe desvirtuarles de su indivisibilidad, de su condición ‘fundamental’ (pues todos, en tanto en cuanto derivan de la dignidad humana como categoría universal, lo son). Añade, además que:

*“La clasificación de los derechos humanos en “generaciones” abarca fundamentalmente la temática en línea con el supuesto desarrollo histórico de los mismos, y el tipo de obligaciones internacionales que dicho régimen establece para los Estados [...] La universalidad como característica no impide necesariamente la realización de clasificaciones de los derechos humanos, ni tampoco las de interdependencia e indivisibilidad; solamente es imprescindible definir con cuidado los contornos de cada grupo, dejando a salvo que de todas formas no hay jerarquías de unos respecto de otros, y que la clasificación no se refiere al grado de exigibilidad”*²³⁷.

En tal sentido, a diferencia de las mal llamadas primera, segunda y tercera generación de los derechos humanos, como productos de teorías y movimientos de diversa índole, la archiconocida ‘cuarta generación’ de derechos es el resultado directo de la experiencia humana y su relación con el entorno tecno-digital, y específicamente en el contexto del ciberespacio, la “expansión del concepto de ciudadanía digital”²³⁸ y la “apropiación social de las nuevas tecnologías”²³⁹. A pesar de cierta crítica²⁴⁰, estos derechos también se han

tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización [...] Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. Versión en español disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

²³⁵ GUTIÉRREZ DÍAZ, J.M.: *Proyección práctica de la dignidad...op.cit.*, p. 13.

²³⁶ PÉREZ LUÑO, A.E.: “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, p. 205.

²³⁷ SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos...op.cit.*, pp. 132-133.

²³⁸ DELGADO VALLE, E.: “Derecho al recuerdo en Internet...op. cit.”, pp. 418-421.

²³⁹ DELGADO VALLE, E.: “Derecho al recuerdo en Internet...op. cit.”, p. 421.

²⁴⁰ Subrayar, a modo anecdótico, que si bien hay un acuerdo considerable entre la doctrina académica, autores como Pérez Luño han considerado estos derechos particularmente afectados por las NTIC como

llamado, y hemos venido llamando, ‘nuevos’ derechos o derechos ‘digitales’ o ‘emergentes’, entre los que indudablemente se circunscriben el derecho a la protección de datos y el derecho al olvido. Con todo lo anterior en mente, si bien es verdaderamente útil, en el contexto docente, y resulta sumamente atractivo en la difusión y transferencia del conocimiento, catalogar y denominar a los derechos en función de su proceso de reconocimiento histórico, no resulta del todo conveniente. Como venimos objetando:

“conviene evitar la paradoja proveniente de tal encasillamiento, principalmente la conversión de prioridades cronológicas en prioridades axiológicas [...] semejante jerarquización, vinculada a dicha idea restrictiva de fundamentalidad, no es objeto de unanimidad, máxime cuando se tienen presentes los estándares internacionales sobre derechos humanos (y la idea de indivisibilidad) o los textos más recientes del constitucionalismo comparado (especialmente en América Latina)”²⁴¹.

En efecto, la clasificación de los derechos debe tener como único objetivo un mayor entendimiento de su origen y evolución, y no provocar “jerarquías incompatibles con las características de indivisibilidad e interdependencia”²⁴². Apoyándonos en las declaraciones de Leturia Infante, el derecho al olvido debe ser analizado desde la lógica de los derechos fundamentales²⁴³, y, por supuesto, desde su proyección de la dignidad humana. No nos cabe duda de que los derechos emergentes, como es el derecho a la protección de datos y su faceta en el derecho al olvido, dimanar directamente de la dignidad humana como valor, principio angular y fundamento del ordenamiento jurídico europeo. La dignidad, según su acepción kantiana, hace referencia a un valor inherente al ser humano por el simple hecho de serlo, en cuanto ser racional, dotado de libertad; es

parte de la tercera generación, al no considerar que otras denominaciones contribuyen a mayores malentendidos y confusiones. *Vid.*, en tal sentido, PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica...op.cit.*, pp. 17-25

²⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “La Carta Social Europea y los derechos sociales emergentes: una aproximación al derecho de acceso a la información ambiental”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, núm. 1, 2019, p. 175. Conviene traer a colación, en tal sentido, las contribuciones de MORA GALIANA, J.: “Preferencias axiológicas y valores jurídicos. Para una deontología profesional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2009, pp. 166-179; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El principio de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista derecho del trabajo*, núm. 15, 2017, pp. 21-68; y ESCOBAR ROCA, G., “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 2, núm. 2, 2012, pp. 47-61.

²⁴² SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos...op.cit.*, p. 138.

²⁴³ LETURIA INFANTE, F. J.: “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido, ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 91-113.

decir, la dignidad se proyecta como cualidad consustancial al ser humano. De un análisis conjunto del constitucionalismo europeo, del cual algunos han recalcado el “carácter biunívoco de la relación dignidad/derechos”²⁴⁴, concluimos que la proyección sobre los derechos humanos se fundamenta en la dignidad de la persona, la cual no solo constituye el punto de arranque del reconocimiento de los demás derechos, sino que, además, es la esencia que permanece inalterada, con independencia de la situación o estado de la persona, constituyendo un “mínimum invulnerable”, que impide limitaciones en el disfrute de estos, si conllevan el “menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”²⁴⁵.

Aunque la noción de la dignidad humana no la encontremos expresamente reconocida en los instrumentos más importantes de la UE, hasta la reforma del Tratado de Lisboa que revisa los tratados constitutivos e incorpora la CDFUE como parte del Derecho originario, otorgándole una naturaleza jurídicamente vinculante, se puede decir con total y absoluta certeza que la dignidad humana y su protección ha sido un valor latente en la Europa de la segunda posguerra. La CDFUE, como instrumento de tutela de los derechos y libertades, precisamente en su primer Título lleva por rúbrica “Dignidad”, sirviendo de pórtico a los sucesivos Títulos. Encontramos la misma lógica del mínimo invulnerable en el art. 1 CDFUE (“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”) y en las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención que redactó la CDFUE: “*la dignidad de la persona humana no solo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales*”²⁴⁶. Así, la inmunidad de la dignidad a sufrir injerencias, en el seno de la UE, se manifiesta como parte del contenido esencial de cada derecho; no pudiendo atentar contra ella, incluso en caso de limitación de los derechos reconocidos en la misma. En otras palabras:

*“la Carta describe el sentido inseparable de la noción de dignidad que se pretende dar a la idea actual de Europa, se reitera como límite y concepto informador de toda la actuación de la UE o, en otras palabras, como base axiológica absoluta”*²⁴⁷.

²⁴⁴ BONFIGLIO, S.: *Constitucionalismo mestizo. Más allá del colonialismo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 73-84.

²⁴⁵ Así de elocuentemente lo ha puesto nuestro propio Tribunal Constitucional. Vid. STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4).

²⁴⁶ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de 14 de diciembre de 2007. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN)

²⁴⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección...op.cit.*, p. 46.

Este complejo concepto ha sido completado como garantía negativa (derecho a no sufrir injerencias) y positiva (autodisponibilidad y autodeterminación de la persona) o lo que se ha resumido como el pleno desarrollo de la personalidad²⁴⁸. La dignidad de la persona es el fundamento de los derechos humanos, siendo estos concreciones de aquella para el desarrollo integral de la persona. La dignidad, como fundamento de los derechos humanos y estos como concreciones de esta para el desarrollo integral de la persona. La dignidad humana, como mínimo (y máximo) denominador común del enfoque basado en los derechos humanos, se ve particularmente reflejada en los principales instrumentos jurídicos internacionales, europeos así como nacionales²⁴⁹. Volviendo a la teoría kantiana de la dignidad, su concepción como valor fundamental de las nociones de persona hace que esta también englobe una dimensión moral de la personalidad, fundamentada en la propia libertad y autonomía individual²⁵⁰, encarnándose a su vez, como principio legitimador de los llamados derechos de la personalidad. En semejante línea hemos evocado que los derechos fundamentales (o si se prefiere, humanos) son la expresión singular

*“de la dignidad humana y así, el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento para los derechos humanos hace posible su dignificación, y en última instancia, su reconocimiento, delimitación e interpretación. La dignidad se reconoce así, como una premisa cultural e universal, claramente destacada en el Derecho constitucional común europeo e internacional, deducible del conjunto de constituciones y cartas o declaraciones de derechos, tanto históricas como vigentes actualmente”*²⁵¹.

En tanto en cuanto es fundamento y valor superior que garantiza el derecho de toda persona a definir libremente su proyecto de vida, en la era digital actual, esto indudablemente se pone en entredicho por las NTIC. En el caso del derecho a la protección de datos, y su concreción en el derecho al olvido, no sólo encontramos la

²⁴⁸ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 324.

²⁴⁹ Para la evolución normativa y universalización de la noción de dignidad humana vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección...op.cit.*, pp. 44-48.

²⁵⁰ Elocuentemente nos lo indica Alegre Martínez: en tanto en cuanto su condición de ser racional, la persona “merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisoluble, a las ideas de libertad e igualdad.” Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996, p. 19.

²⁵¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección...op.cit.*, p. 48.

dignidad humana como fundamento, sino que estos también se especifican en la autorrealización del individuo, en el desarrollo de su identidad y de su personalidad, evidentemente relacionados con la libertad²⁵². Recordemos, además, la importancia que se le atribuyó a la vida privada y la intimidad, como garantía para la libertad y “autodeterminación personal”, y en última instancia como garantía de “una mejor calidad de vida”²⁵³. Estos derechos, si se configuran bajo el paraguas amparador de la dignidad humana y la libertad, inexorablemente requieren de cierta potestad de control, y esto resulta especialmente necesario en el contexto de la revolución y mutación de la informática: “la libertad informativa representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal”²⁵⁴. No obstante, es una verdad, a nuestro juicio evidente, que la potestad de control que debería brindar la libertad, se ve coartada y limitada por el empleo de técnicas informáticas, que comprometen o menoscaban gravemente su práctica, en particular aquellas relativas al tratamiento de datos de carácter personal, como potencial agresión “a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes del uso torticero del tratamiento automatizado de datos personales”²⁵⁵, que lo recopila todo y no nos lo deja olvidar.

Por todo lo anterior, y sobre la base de que el principio de selectividad está bien arraigado en el concepto de la memoria humana, al igual que los algoritmos neurológicos, establecen, por diseño y por defecto, cierto grado de oscuridad o de selectividad en el acceso de determinados recuerdos, por el bien del sistema en su conjunto, los algoritmos de la Red y los de sus operadores deberán contemplar una versión de oscuridad o desenfoque digital; lo que nosotros hemos llamado, según el contexto y la situación particular de la persona, un derecho al olvido en tanto que derecho de supresión, o un derecho al olvido digital en tanto que derecho a la re-contextualización digital que *motu proprio* no permite la Red.

²⁵² En palabras de Stuart Mill, “*the only unfailing and permanent source of improvement [entendido como mejora o progreso personal, también conocido hoy en día como libre desarrollo de la personalidad] is liberty, since by it there are as many possible independent centres of improvement as there are individuals*”. Vid. MILL, J.S.: *On Liberty. With an Introduction by W. L. Courtney, LL.D.*, The Walter Scott Publishing Co., Ltd., London, 2011, p. 87.

²⁵³ CARRILLO, M.: “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación” en *Cuadernos y Debates núm. 248: El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 15.

²⁵⁴ FROSINI, V.: *Informática y Derecho* (trad. GUERRERO, J. y AYERRA REDÍN, M.), Temis, Bogotá, 1988, p. 23.

²⁵⁵ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos Personales ¿Un cambio de filosofía?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, p. 305.

Sin perjuicio de profundizar a lo largo de este trabajo, y de manera especial en el *Capítulo V*, en los riesgos y consecuencias de las NTIC, a pesar de sus numerosas ventajas, hay que considerar aquí que operan, de una parte, como arma destructiva que pone en riesgo la dignidad humana, y, de otra, como escudo insuficiente frente a las víctimas de la guerra que ella misma genera. Desde el punto de vista de la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, actúa como factor agravante de las mismas y, si no proporciona garantías y mecanismos efectivos, puede llegar a ser factor menguante en la protección de los derechos fundamentales de determinados colectivos. Ante la nueva y compleja realidad socio-digital, surge el reto (y subsiguiente deber) del Derecho (y por qué no, también la Ética) de paliar semejantes afrentas a la persona. Ello implica no sólo la conveniencia de reforzar los clásicos derechos personalísimos del ser humano, sino también la necesidad de asegurar una verdadera y efectiva autodeterminación informativa como presupuesto necesario para garantizar la dignidad humana (siendo esta, a su vez, *prius* lógico y ontológico) a través del diseño y ejercicio de nuevos mecanismos de tutela.

La concreción de derechos “emergentes” o la redefinición de los derechos “clásicos” responde a un proceso de evolución de las necesidades humanas como respuesta a los cambios y revoluciones y, por ende, a las consiguientes y potenciales amenazas que estas pueden tener sobre la libertad y dignidad individual; en definitiva, los derechos fundamentales deben redefinirse para adaptarse a los requisitos siempre cambiantes de nuevos contextos y realidades, y ello debe hacerse inspirándose en los principios y valores que los guían, siendo el orden axiológico máximo la dignidad. La necesidad de efectuar una constante revisión y perfilamiento de derechos fundamentales viene dada, entre otras muchas razones, por el supracitado progreso socio-tecno-digital, como recurso para evitar la “indigencia” de la persona²⁵⁶. Debido a la revolución tecnológica y a la actual transformación digital, vivimos en un mundo acompañado de una constante e imparable creación, almacenamiento e intercambio masivo de información y datos, en muchas ocasiones de carácter personal, que construyen identidades y perfiles digitales de los que nos volvemos esclavos y no podemos escapar.

Si bien somos seres de carne y hueso, parte de nuestra existencia e identidad está en la Red, troceada, desordenada y desperdigada en bits y bytes, pero fácilmente recuperable y

²⁵⁶ BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos...op.cit.*, p. 18.

presentada en un formato estructurado (si bien fuera de su contexto) en cuestión de un solo clic. O, lo que, con mayor síntesis decía Rodotà: “somos nuestros datos”²⁵⁷. En efecto, como decíamos hace no mucho, no somos nosotros los que decidimos quiénes somos, para el mundo digital y exterior, somos quien la Red y los motores de búsqueda dicen que somos²⁵⁸. Parece que estemos destinados a vivir dos vidas, la real y la virtual, pero a pesar de ello, en los tiempos que corren, parece solo importar la segunda (la identidad digital primigenia): “al igual que Proteo, la Red Internet no sólo lo sabe todo, sino que nunca olvida nada que constara en ella alguna vez”²⁵⁹.

Parece que, en una época en la que la verdad es todo aquello que existe (en la Red), somos testigos de un nuevo tipo de dictadura: la dictadura de la verdad posmoderna. Parece, además, que ante esta nueva realidad, estamos destinados a quedar invadidos, sometidos y manipulados, en función de los datos que recogen y exponen sobre nosotros, incluso “de manera invisible”, por “mecanismos ingeniosos y máquinas pensantes”²⁶⁰ construidas y operadas bajo premisas legítimas pero con intenciones encubiertas y riesgos impredecibles. Así, al igual que con la protección de datos, volviendo a tomar prestadas las palabras del maestro Rodotà, el derecho al olvido también tiene el objetivo de retornarle a la persona autonomía, libertad y dignidad.

Con el fin de proteger y garantizar de manera eficaz los derechos y libertades puestos en entredicho por algunos de los usos de las NTIC, se ha visto necesario asumir una tarea de especialización en el seno de la UE, adquiriendo, el derecho a la protección de datos, algunas de las premisas del derecho al olvido, como veremos en el capítulo siguiente: autonomía e independencia, aunque sin abandonar del todo su fundamentación originaria, basada en la dignidad humana, y, de manera especial, en los demás derechos personalísimos del ser humano. Esta especialización (o si se prefiere, “singularización”²⁶¹) obedece a la necesidad de dar mejor respuesta y mayor protección a la persona ante las posibilidades impensables de la tecnociencia. Así, a nivel europeo, se ha apostado por una clara regulación distintiva a través del cisma del clásico marco jurídico. El derecho a la protección de datos, como se verá más adelante, se regula en el art. 8 CDFUE como derecho autónomo y difiere de otro derecho protegido por la misma,

²⁵⁷ RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos...op.cit.*, p. 360.

²⁵⁸ En el correspondiente póster de la *I Jornada de Divulgación de Tesis Doctorales de la Universitat de València*, celebrada el 18 de enero de 2019.

²⁵⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles...op.cit.”, p. 260.

²⁶⁰ RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos...op.cit.*, p. 289.

²⁶¹ REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 102.

el derecho a la vida privada y a la intimidad (art. 7 CDFUE). Esta distinción, coincidimos con Rodotà, no es “de fachada”²⁶². Cabe resaltar que la constitucionalización, como derecho fundamental, de la protección de datos, como autodeterminación informativa, queda, además reforzada y ampliada por la cobertura jurídica, bajo la justificación de proteger la dignidad de la persona frente a los riesgos que supone el tratamiento de los datos de carácter personal.

No podemos sucumbir al pesimismo que ocasiona ver las consecuencias demoleadoras de las NTIC para los derechos fundamentales: Rodotà habla del desafío a la identidad, del empobrecimiento de la capacidad de decidir, de la inutilidad de suplicar mayor privacidad y de que se percibe “*tal pérdida de control sobre uno mismo que puede desembocar en considerar vana cualquier resistencia*”²⁶³. Pero dicha resistencia debe producirse. Rechazamos vehementemente que la respuesta a las injerencias de la memoria infalible de Red en los derechos personalísimos sea la abstinencia digital, la autocensura, la acogida con beneplácito de la idea de que *quien no tiene nada que ocultar no tiene nada que temer*, la resignación a tener que sufragar personal y profesionalmente hipotecas vitalicias, el recurrir a lo que algunos han llamado “la ingeniosidad humana”²⁶⁴ (como por ejemplo, técnicas de desinformación *a priori* con nombres o cuentas falsas) o cualquier otro retroceso en el camino allanado en materia de igualdad y justicia; como sería el permitir, por omisión, que solo aquellos con determinado poder adquisitivo puedan pagar por solicitar ‘desaparecer’ de la Red (como lleva pasando años atrás). Esto es intolerable, pues se debería asegurar a todas las personas una garantía para el control efectivo de sus datos personales, de su identidad, y como estudiábamos con Nietzsche y Rousseau, su vida, su libertad y la búsqueda de su felicidad, valores atribuidos al constitucionalismo americano, pero igualmente amparados en el europeo. Así, el derecho al olvido se ha convertido, o eso al menos defenderemos a lo largo de este trabajo, en garantía imprescindible para la protección de datos, los demás derechos fundamentales,

²⁶² RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos...op.cit.*, pp. 360-361: “*En el derecho al respeto a la vida privada y familiar se expresa ante todo un momento individual, el poder se agota en la exclusión de interferencias ajenas: la tutela es estática, negativa. La protección de datos, sin embargo, fija reglas ineludibles sobre las modalidades de su tratamiento y se concretiza en poderes de intervención*”.

²⁶³ *Id.* pp. 296-297.

²⁶⁴ ROUVROY, A. y POULLET, Y.: “The right to informational self-determination and the value of self-development: Reassessing the importance of privacy for democracy” en GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C. y NOUWT, S. (Eds.) *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 45-76.

y en última instancia, como garantía sin la cual no es verdaderamente realizable la libertad, ni es concebible la dignidad.

Se requiere pues que la regulación y la aplicación de los derechos y garantías digitales se haga desde una ética y perspectiva de los derechos humanos: “*antes los derechos fundamentales solo valían según la medida de las leyes, hoy las leyes solo valen en la medida de los derechos fundamentales*”²⁶⁵. Además, ello requiere encontrar un justo equilibrio para la ponderación efectiva y la protección de los intereses en juego; por ello propondremos dos derechos al olvido en función de la necesidad de un absoluto borrado y en función de la necesidad de que la información quede menos accesible. También se requiere hacer uso de los modelos ya proporcionados al respecto, adaptándolos a las exigencias propias del olvido y de los intereses contrapuestos a favor de la memoria. Si bien el derecho al olvido se concibe como un derecho reactivo (pues se ejerce *a posteriori* del tratamiento de la información personal), haremos especial énfasis a lo largo de este trabajo en que este también puede concebirse como derecho y garantía protectora, mediante la cual la supresión de cierta información, tras el trascurso del tiempo, se deja pactada *a priori*: el principio de minimización del tratamiento y la privacidad (y el olvido) desde el diseño y por defecto en materia de plazos de retención, conceptos ya existentes, son mecanismos adecuados para paliar las consecuencias descritas en estas páginas.

Bajo las anteriores premisas, y ante las preocupaciones sobre el impacto y aumento de los riesgos potenciales para los derechos fundamentales, nacieron los intentos -y posteriores éxitos- de reconocer el derecho al olvido en Europa y nace la inquietud intelectual de la que suscribe por perfilarlo, de manera especial, en atención a aquellas personas que más necesitan no quedar ancladas en el pasado, ni ser sometidas a cadenas (ni condenas) digitales perpetuas. Se trata de contribuir a hacer de nuestra sociedad virtual, que es también real, un mundo más digno “más justo, más solidario, y en definitiva, más humano”²⁶⁶.

²⁶⁵ VILLACORTA MANCEBO, L.Q. y VILLACORTA CAÑO-VEGA, A.: *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 41.

²⁶⁶ GUTIÉRREZ DÍAZ, J.M.: *Proyección práctica de la dignidad humana...op.cit.*, p. 95.

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I: LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL COMO PUNTO DE PARTIDA DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL *

1. Surgimiento constitucional y configuración jurídica inicial del derecho fundamental a la protección de datos en Europa

1.1. La génesis de la *europización* del derecho a la protección de los datos personales

1.1.1. Las vertientes nacionales para su regulación

Si bien es numerosa la doctrina que ubica los orígenes nacionales europeos del derecho fundamental a la protección de datos en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán²⁶⁸ consagrando un concepto de la autodeterminación informativa como parte integrante del derecho alemán a la dignidad humana, o bien en las líneas jurisprudenciales francesas sobre la noción de la libertad²⁶⁹, la materialización inicial del derecho a la protección de datos se manifestó en Europa en la década de los años setenta del siglo pasado, con la adopción de vertientes distintas para su regulación y en la década de los años ochenta por las crecientes inquietudes sobre “la difusión y perpetuación de todo tipo de datos personales” (traducción propia)²⁷⁰. Concretamente, cabe hablar de dos técnicas normativas: a través de legislaciones *ad hoc* relativas al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y a través de disposiciones de rango constitucional basadas en la protección de libertades y derechos fundamentales. En lo que a regulación *ad hoc* se refiere, los *Länder* alemanes de Hesse y Renania-Palatinado fueron los primeros ordenamientos jurídicos en los que se adoptó una legislación aplicable al tratamiento de la información relativa a las personas físicas. Mientras que en Hesse se adoptó normativa propia, aplicable exclusivamente al sector público, estableciendo normas generales para

* Los primeros apartados de este capítulo constituyen un desarrollo actualizado del contenido de mi monografía MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

²⁶⁸ Sobre esta sentencia, *vid.*, ARENAS RAMIRO, M.: “El derecho de protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información”, en COTINO HUESO, L. (Ed.) *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 380-386.

²⁶⁹ GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C., y NOUWT, S. (Eds.) *Reinventing Data Protection?* Springer, Dordrecht, 2009.

²⁷⁰ ERDOS, D. y GARSTKA, K.: “The Right to be Forgotten Online within G20 Statutory Data Protection Frameworks”, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, núm. 31, 2019, p. 2. Erdos y Garstka hacen especial referencia a los denominados ‘transnational data reports’ de los años 1983 y 1984.

la protección de los datos y derechos de las personas afectadas por información incorrectamente almacenada, en Renania-Palatinado se optó por una ley específica contra el uso indebido de los datos de carácter personal²⁷¹.

No mucho más tarde, aunque sí con carácter previo a la adopción del Convenio nº 108 del Consejo de Europa (“CdE”, en adelante) sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981²⁷², la totalidad de Alemania, junto con Suecia y Francia, decidieron regular esta materia²⁷³. Cabe recordar, además, que Alemania fue el primer país miembro de las entonces llamadas Comunidades Europeas en adoptar una legislación nacional *ad hoc* sobre el tratamiento de datos, centrada en la regulación de su procesamiento dentro del sector privado, materia que hasta entonces no se había regulado en Europa. La ley federal en cuestión tenía como finalidad la protección de los datos de carácter personal del uso indebido en las operaciones de procesamiento de datos y se basaba en el principio de prohibición general del tratamiento de datos de carácter personal salvo que la ley lo autorizara expresamente o estuviera basada en el consentimiento del interesado²⁷⁴. En el caso de Suecia encontramos que su primera legislación nacional, la Ley de Protección de Datos de 1973, reguló el procesamiento automatizado de datos a través de un estatuto especial, y además, creó una autoridad específica para la inspección y garantía de la protección de los datos personales. La ley tenía como finalidad, en un ordenamiento jurídico que otorgaba una importancia significativa a la transparencia y al principio de publicidad, prevenir invasiones indebidas a la intimidad y, como consecuencia, proteger la integridad personal.

No obstante lo anterior, la ley no sólo tenía un ámbito de aplicación limitado al cubrir únicamente el procesamiento de datos personales en registros estatales tradicionales, sino que, además, contenía relativamente pocas disposiciones sobre el procesamiento de los datos, y no plasmaba ningún principio relativo a dicho procesamiento. Por ello, aparte de

²⁷¹ GONZÁLEZ FUSTER, G.: *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Bruselas, Springer, 2015, p. 57.

²⁷² El Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>

²⁷³ GALETTA, A. y DE HERT, P.: “A European perspective on data protection and access rights”, en NORRIS, C. y L’HOIRY, X. (Coords.) *Deliverable D5: Exercising democratic rights under surveillance regimes*, p. 3. Disponible en: <http://irissproject.eu/wp-content/uploads/2014/06/European-level-legal-analysis-Final1.pdf>

²⁷⁴ GONZÁLEZ FUSTER, G.: *The Emergence of Personal Data... op. cit.*, p. 60.

crear un órgano de supervisión, también estableció mecanismos de registro y licencias previas. Es decir, la norma exigía para cada registro de datos de carácter personal, una autorización previa de esta autoridad independiente, la cual, a su vez, indicaba las condiciones y limitaciones de tratamiento adaptadas a cada caso²⁷⁵.

De manera similar, Francia optó por adoptar una legislación *ad hoc* relativa a la protección de datos de carácter personal en 1977²⁷⁶, cuya finalidad era garantizar que los avances tecnológicos de la embrionaria informática, no menoscabaran derechos fundamentales, principalmente la vida privada, las libertades individuales y la dignidad humana. Esta fue y, tras ser reformada (también en aras de cumplir con la trasposición de la Directiva europea de los noventa), sigue siendo, la legislación clave sobre protección de datos personales, creando una autoridad de protección de datos y estableciendo, por primera vez, disposiciones materiales restrictivas sobre qué se considera datos personales. En este sentido, se incluían en la definición de datos personales aquellos datos directa e indirectamente identificables; en el segundo caso, esto hacía alusión a aquellos datos no asociados con el nombre de una persona, pero que, aun así, pudieran ser fácilmente utilizados para identificar a dicha persona y conocer sus hábitos y gustos²⁷⁷. Otros países europeos como Noruega, Dinamarca y Luxemburgo desarrollaron, en esta época, legislaciones similares de aplicación general, sobre aquellos datos procesados electrónicamente, legislaciones sobre el registro de datos de carácter personal, la utilización de datos nominales, y bancos de datos en el sector privado así como en poder de autoridades públicas, entre otros.

En lo que a disposiciones de rango constitucional se refiere, hubo una serie de países que incluyeron referencias específicas a la protección y al procesamiento de datos en sus respectivas Cartas Magnas, o, alternativamente, dotaron de rango constitucional parcial a legislaciones *ad hoc* pre-existentes. Portugal, por ejemplo, en su Constitución de 1976, introdujo una disposición relativa a los derechos vinculados con la información y a las limitaciones sobre el procesamiento de datos de carácter personal a través de un apartado exclusivo que prohíbe el tratamiento y uso de ciertos datos cuando hagan identificable al

²⁷⁵ ÖMAN, S.: “Implementing Data Protection in Law”, *IT Law – Scandinavian Studies in Law*, Vol. 47, 2004, p. 390.

²⁷⁶ Para un resumen de la misma, *vid.* <http://www.cil.cnrs.fr/CIL/spip.php?article1531>

²⁷⁷ PHILLIPE, J., y GUYON, A.: “Data protection in France: overview”, *Practical Law Association of Corporate Council, Global Guide 2015/2016 Data Protection (Country Q&A)*, 2015, p. 1.

individuo²⁷⁸. De modo similar, y en lo que nos interesa, la Constitución Española introdujo un apartado relativo a la limitación del uso de la ‘informática’ para garantizar el honor de los ciudadanos y la intimidad personal y familiar. Una de las principales novedades que incorporó este texto constitucional fue precisamente la incorporación de un precepto que reconociera, de manera expresa, la protección de las personas frente al uso de la incesante revolución tecno-digital del momento²⁷⁹. En efecto, este precepto constitucional fue la única referencia española sobre protección de datos de la época, y punto de partida obligatorio para su posterior desarrollo, enmarcándose, poco más tarde, en nuestro ordenamiento constitucional así como en los postulados del Derecho internacional y europeo en la materia.

Por otro lado, la ley estatal de protección de datos austriaca optó por incluir un apartado en el que se le otorgara a este derecho fuerza y protección constitucional, siendo el primer país en consagrar explícitamente un derecho a la protección de datos constitucionalmente protegido como tal; sin embargo, no lo consideraba independiente ni autónomo, sino intrínsecamente ligado al derecho al respeto de la vida privada y familiar²⁸⁰. El resto de países europeos siguieron los pasos de estos Estados pioneros, principalmente por los desarrollos normativos a nivel internacional y europeo relativos al procesamiento de datos de carácter personal, que en última instancia llevó a la adopción de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)²⁸¹ en 1980 y del supracitado Convenio nº 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (“Convenio 108”, en adelante) en 1981, respectivamente.

²⁷⁸ ARENAS RAMIRO, M.: “La protección de datos personales en los países de la Unión Europea”, *Revista Jurídica de Castilla Y León*, núm. 16 (septiembre), 2008, p. 129.

²⁷⁹ En este sentido, el artículo 18.4 CE establece que “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”.

²⁸⁰ GONZÁLEZ FUSTER, G.: *The Emergence of Personal Data... op. cit.*, p. 71; y RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El respeto de la vida privada y familiar en la Constitución Europea” en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.) *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 495-510.

²⁸¹ Directrices sobre la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/OCDE-Directrices-sobre-protecci-oo-n-de-privacidad-Trad.pdf.pdf>

1.1.2. La armonización de las regulaciones nacionales

A. En el contexto internacional

Con respecto a las Directrices de la OCDE, también llamadas “directrices de privacidad²⁸²” (en adelante “las Directrices”), estas se centran en la protección de las libertades individuales en relación con la privacidad, concretamente con los datos personales, aunque no se hace ninguna referencia explícita al derecho a la ‘protección de datos’ como tal. En cuanto a su contenido, las Directrices se aplican a aquellos datos personales que, debido a la forma en que se procesan, a su naturaleza o al contexto en el que se utilizan, representan un riesgo para la privacidad y las libertades individuales, precisando qué se considera dato personal, definiéndolo como cualquier información relacionada con un individuo identificado o identificable, independientemente de si su procesamiento o tratamiento se lleva a cabo en el sector público o privado, o si se hace de forma automática o manual²⁸³. Entre los ocho principios a los que se sujetan los Estados firmantes de estas directrices, se encuentran principios para garantizar la protección de la privacidad y las libertades individuales, así como para evitar aquellas disparidades en las legislaciones nacionales que pudieran obstaculizar el intercambio de datos en supuestos transfronterizos. En lo que interesa a este trabajo, cabe resaltar los principios de calidad de los datos, de limitación de uso y de participación individual, el último de los cuales reconoce el derecho de todo interesado a “*conseguir que sus datos se eliminen, rectifiquen, completen o corrijan*”. No obstante, a pesar de la influencia mundial de las Directrices de la OCDE, estas no eran jurídicamente vinculantes, razón en parte por la cual se consideró necesario adoptar en el seno del CdE, el Convenio 108 como instrumento internacional y jurídicamente vinculante en materia de protección de

²⁸² OCDE, *Resumen Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos Personales*, Dirección de Relaciones Públicas y Comunicaciones OCDE, Paris, 2002, p. 2. Disponible en: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>. Cabe, en este sentido, indicar que las Directrices se actualizaron en 2013, manteniendo las notas esenciales de las originarias, si bien, han establecido nuevas exigencias, sobre todo en lo que al principio de responsabilidad y rendición de cuentas se refiere. Además, como apunta Palma Ortiginosa, pasan de “un enfoque reactivo a uno preventivo, además, ahora sí se hace mención a la autoridad de control como autoridad encargada de velar por el cumplimiento de la normativa”. Vid. PALMA ORTIGINOSA, A.: “Contexto normativo de la protección de los datos personales”, en MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Protección de Datos, Responsabilidad Activa y Técnicas de Garantía*, Reus, Barcelona, 2018, p. 11.

²⁸³ Vid. Artículo 2 de las Directrices de la OCDE. Entre los ocho principios a los que se sujetan los Estados firmantes de estas directrices, se encuentran principios para garantizar la protección de la privacidad y las libertades individuales, así como para evitar aquellas disparidades en las legislaciones nacionales que pudieran obstaculizar el intercambio de datos en supuestos transfronterizos.

los datos personales²⁸⁴, habiendo sido también “caldo de cultivo” los esfuerzos y reivindicaciones, en clave nacional, sobre la materia²⁸⁵.

En concreto, el Convenio 108 pretendía garantizar aquellos derechos y libertades específicamente vinculados al derecho a la intimidad, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal, consagrándose así, a nivel internacional²⁸⁶, el concepto de ‘protección de datos’ como la protección jurídica de las personas con respecto al tratamiento (automatizado) de datos personales concernientes a una persona²⁸⁷. Por ello, no es de extrañar que se haya considerado la “*base del marco legal internacional para la protección de datos personales*” no sólo en países europeos firmantes, sino también como inspiración para la adopción de normativas y políticas más allá de las fronteras del continente europeo²⁸⁸; calificándose su papel de “vanguardista”²⁸⁹.

De este modo, se presenta como norma de obligada referencia en clave *iusfundamental*, puesto que constituye el primer texto a nivel europeo que consagra este derecho. Aun así, hay autores que prefieren remontarse a textos internacionales tales como las resoluciones de la Asamblea General del CdE como el “*germen legislativo del marco jurídico europeo*”²⁹⁰. En realidad, el Convenio 108 es un instrumento jurídico

²⁸⁴ Para un buen análisis de los trabajos parlamentarios del Comité de Ministros del Consejo de Europa, vid. SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, pp. 90-93.

²⁸⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L. (Eds.) *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 20.

²⁸⁶ SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 93: “*la pretensión del Convenio es equilibrar dos derechos fundamentales –en el sentido de importantes– necesarios en toda sociedad democrática y que se situaban, en su punto de partida, en direcciones opuestas: por un lado, la protección de los datos relativos a las personas y por otro, la libre circulación de las informaciones a través de las fronteras*”.

²⁸⁷ Vid. Informe explicativo del Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (p. 1). Disponible en:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca434>

²⁸⁸ TOMÁS MALLÉN, B.: “Las Sinergias entre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y el Convenio 108+ del Consejo de Europa” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 59

²⁸⁹ *Id.* p. 60; y RALLO LOMBARTE, A.: “España en la vanguardia de la protección de datos: nuevos retos del reglamento europeo”, en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Bosch, Madrid, 2019, pp. 79-83

²⁹⁰ Palma Ortiginosa concurriendo con Davara Rodríguez. Vid., PALMA ORTIGINOSA, A.: “Contexto normativa de la protección de los datos...op.cit.”, pp. 12-13.

trascendental por dos motivos principales: en primer lugar, no sólo es el pionero, sino que sigue siendo el único instrumento internacional legalmente vinculante en materia de protección de datos (a salvo, lógicamente y con los debidos matices, el más reciente transnacional Reglamento General en la materia adoptado en el seno de la UE) y, en segundo lugar, constituye un paso clave en el desarrollo del Derecho material, pues alude a la relación entre el tratamiento de datos personales y conceptos constitucionalmente protegidos, vinculando la vida privada, consagrada en el artículo 8 CEDH, con la privacidad inherente a la protección de datos de carácter personal. No obstante, la justificación de su elaboración y posterior adopción fue la manifestación de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales en Europa compartían los mismos principios fundamentales en relación con la protección de datos, y, al mismo tiempo, existían disparidades impropias de los objetivos comunes de unidad y protección de los derechos humanos reconocidos. El Convenio 108, en efecto, representa el punto de partida de cooperación transnacional y de homogeneización en materia de protección de la vida privada de las personas²⁹¹.

La adopción del Convenio 108 se puede calificar, sin lugar a dudas, como uno de los grandes hitos en el desarrollo de normas sobre el tratamiento de datos de carácter personal a nivel europeo²⁹², y sus principios sirvieron como base para toda la legislación europea y nacional posterior. Sin embargo, a pesar de su éxito y relevancia, con la ratificación de todos los Estados de la UE, así como por su influencia en la regulación nacional de la materia, cabe adelantar que el Convenio se ha visto envuelto en una extensiva y necesaria “modernización”²⁹³, o si se prefiere, reconsideración. Esto se ha justificado con el acertado argumento de que el derecho a la protección de datos ha adquirido un significado

²⁹¹ Así se estableció en su preámbulo: “[...] Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados; Reafirmando al mismo tiempo su compromiso en favor de la libertad de información sin tener en cuenta las fronteras; Reconociendo la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos, [...]” (Versión española publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985).

²⁹² GALETTA, A. y DE HERT, P.: “A European perspective on data protection...*op. cit.*, p. 8.

²⁹³ El proceso de revisión se inició en enero de 2011, pues se consideraban necesarias ciertas modificaciones y se barajaba la posibilidad de incluir una referencia explícita a un derecho a la protección de datos, una mención al principio de que toda persona tiene derecho a controlar sus propios datos y el uso que se hace de ellos, así como la plasmación de la necesidad de asegurar y garantizar el respeto a los derechos y libertades fundamentales, de manera particular el derecho a la intimidad como objetivo principal. De hecho, desde 2016 contábamos con una versión consolidada del borrador del Convenio modernizado (<https://rm.coe.int/16806a616c>).

autónomo, independiente y principal en las últimas décadas²⁹⁴, lo que ya se ha manifestado sobradamente, tanto en las reformas del derecho originario de la UE, en el derecho derivado, así como en la jurisprudencia del TEDH. Recordemos que el Tratado de Lisboa revisó los tratados constitutivos e incorporó la CDFUE como parte del derecho originario, otorgándole naturaleza jurídicamente vinculante. Así, el Convenio 108 ha visto completado su proceso de modernización a través del Protocolo adoptado el 18 de mayo de 2018, abierto a la firma el 10 de octubre de 2018²⁹⁵. Tras esta necesaria “modernización”, el nuevo Convenio (“Convenio 108+”, en adelante, según su Protocolo de enmienda²⁹⁶) sobre la protección de datos reemplaza al Convenio 108 como norma internacional y actualizada, reguladora de la protección de datos.

Antes de examinar las principales novedades y aspectos más significativos de la modernización de este convenio, tal y como ha destacado el propio CdE²⁹⁷, merece la pena, al menos aludir a la ampliación de su preámbulo. Así, la versión modernizada añade que las partes contratantes consideran requisito indispensable para garantizar la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales y la autonomía personal, vista la globalización y masificación del tratamiento e intercambio masivo de información, reconocer un derecho a la protección de datos de carácter personal. Asimismo, reconoce por primera vez que este derecho digital y autónomo debe tomarse en consideración en cuanto a su rol en la sociedad actual, debiéndose conciliar con otros derechos y libertades igualmente fundamentales, para promover, a nivel mundial, los valores fundamentales del respeto a la privacidad y a la protección de los datos personales para así contribuir a un mejor sistema de libre circulación de la información entre los pueblos. En palabras de Jimena Quesada, uno de los objetivos “*en la evolución del sistema [...] [era una] pretendida retroalimentación a escala internacional*”²⁹⁸.

²⁹⁴ Como resumía Jimena Quesada del informe explicativo, “*en la evolución del sistema, además de esa pretendida retroalimentación a escala internacional, el objetivo del Convenio 108+ se acomete en términos de modernizar y mejorar el Convenio 108 teniendo presentes los nuevos desafíos en la materia desde la adopción de dicho tratado en 1981*”. Vid., en este sentido, JIMENA QUESADA, L.: “La protección de datos y las personas vulnerables en el Consejo de Europa”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 590-591.

²⁹⁵ Disponible en: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>

²⁹⁶ Así se ha renombrado tras su protocolo de enmienda.

²⁹⁷ Extraído del documento “The modernised Convention 108: novelties in a nutshell” elaborado por el propio Consejo de Europa. Versión en inglés disponible en: <https://rm.coe.int/modernised-conv-overview-of-the-novelties/16808accf8>

²⁹⁸ JIMENA QUESADA, L.: “La protección de datos y las personas vulnerables...*op.cit.*”, p. 590

En lo que respecta a los aspectos más sobresalientes introducidos en aras a dotarlo de mayor efectividad, el Convenio 108+ prevé la posibilidad de adhesión de la UE y de organizaciones internacionales²⁹⁹, con el fin de asegurar adecuadas garantías en la transferencia internacional de datos; esto ya se ha visto reflejado no sólo en la firma del mismo por países terceros fuera del continente europeo³⁰⁰, sino también por la insistencia del Consejo Europeo en que la organización supranacional de 28 lo ratifique³⁰¹. Al mismo tiempo, se ha ampliado la definición de dato personal, incorporando los datos genéticos, biométricos y aquellos relacionados con la afiliación sindical y el origen étnico³⁰². También se han fortalecido los requisitos de proporcionalidad, los principios de minimización de datos y legitimidad del tratamiento³⁰³, se ha otorgado mayor transparencia en el tratamiento de los datos personales y mayor responsabilidad a los responsables de dicho tratamiento³⁰⁴. Adicionalmente, se ha impuesto una obligación de notificación en caso de brechas de seguridad³⁰⁵ y la aplicación de mecanismos técnicos pro-privacidad por diseño³⁰⁶, se han ampliado los derechos otorgados a los interesados en el contexto de toma de decisiones automatizadas³⁰⁷, se ha establecido un régimen coherente para los flujos de datos personales transfronterizos³⁰⁸ y se han fortalecido las facultades de las autoridades independientes de protección de datos, sobre todo en lo concerniente a la cooperación internacional en la materia³⁰⁹. Conjuntamente, aunque ya existía un mecanismo encargado de la supervisión y monitoreo (llamado “Comité Consultivo”³¹⁰) y sus funciones no han cambiado sustancialmente, no cabe duda de que

²⁹⁹ Art. 27 del Convenio 108+

³⁰⁰ Son 7 los estados miembros de terceros países, uno de los cuales (Uruguay) ya ha procedido a la firma del mismo. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>

³⁰¹ Vid. Decisión del Consejo 2019/682 de 9 de abril de 2019 por la que el Consejo Europeo adoptó la decisión autorizando los Estados miembros para “ratificar, en el interés de la Unión”, el Protocolo de enmienda del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de sus datos personales, en tanto en cuanto las “disposiciones del mismo son competencia exclusiva de la Unión”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:115:FULL&from=NL> (p. 7)

³⁰² Vid. art. 6 del Convenio 108+.

³⁰³ Vid. art. 5 del Convenio 108+.

³⁰⁴ Vid. arts. 8 y 10 del Convenio 108+.

³⁰⁵ Vid. art. 7.2 del Convenio 108+.

³⁰⁶ Vid. art. 10.2 del Convenio 108+.

³⁰⁷ Vid. art. 9.1(a) del Convenio 108+.

³⁰⁸ Vid. art. 14 del Convenio 108+.

³⁰⁹ Vid. arts. 15-17 del Convenio 108+.

³¹⁰ Vid. art. 22 del Convenio 108+.

la extensión del artículo equivalente muestra que estas funciones se han ampliado para dejar de ser un órgano meramente consultivo³¹¹.

Si bien el contenido del *ex art.* 11 no ha cambiado, ahora reconducido al art. 13 de la versión modernizada, resulta incuestionable que la efectividad y los mecanismos de garantía, en virtud del principio *favor libertatis*, se ven recogidos por una cláusula de protección más amplia, que reza lo siguiente: “*Ninguna de las disposiciones del presente capítulo se interpretará en el sentido de que limite la facultad, o afecte de alguna otra forma a la facultad de cada Parte, de conceder a las personas concernidas una protección más amplia que la prevista en el presente Convenio*”. La ‘transversalidad’³¹² de este principio se analizará con más detenimiento en la *Parte Especial* de este trabajo con respecto al derecho al olvido y los colectivos más vulnerables.

B. En el seno de la Unión Europea

El reconocimiento y la regulación del derecho a la protección de datos de carácter personal en la UE se reflejan tanto en su Derecho originario como derivado. Aunque el TUE hace una mención a este derecho, lo articula por vía de remisión y como excepción al procedimiento genérico del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”, en adelante)³¹³. De manera más exhaustiva, y en lo que nos interesa, el artículo 16 de este

³¹¹ Manteniendo las tres funciones principales, recogidas en el art. 23 del Convenio 108+: (a) formular recomendaciones en aras a facilitar o mejorar la aplicación del Convenio; (b)(c) presentar propuestas de enmienda o emitir opiniones acerca de cualquier propuesta de enmienda; (d) y expresar su opinión acerca de cualquier cuestión relativa a la aplicación del mismo; y añadiendo toda una serie de facultades como órgano de supervisión y monitoreo como (d) realizar opiniones acerca de la interpretación del Convenio; (f) a petición de un estado miembro, parte interesada o una organización internacional, evaluar si el nivel de protección de los datos personales está en conformidad con las disposiciones del Convenio y proponer medidas para alcanzar su cumplimiento; (g) desarrollar modelos estandarizados de garantía; o (i) facilitar la resolución amistosa de controversias relacionadas con la aplicación del Convenio. Con respecto a los penúltimos, la habilitación de facultades de evaluación del cumplimiento del Convenio supone la inclusión, en el marco de la UE, de la concurrencia de otros órganos de evaluación como son la Comisión Europea o el Supervisor Europeo de Protección de Datos, conjuntamente o delegando en el Comité Europeo de Protección de Datos.

³¹² TOMÁS MALLÉN, B.: “Las Sinergias...*op. cit.*”, pp. 61 y 85.

³¹³ Además, en su artículo 39 establece que: “*De conformidad con el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y no obstante lo dispuesto en su apartado 2, el Consejo adoptará una decisión que fije las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente capítulo, y sobre la libre circulación de dichos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes*”. La incorporación de este artículo en el capítulo relativo a las disposiciones específicas sobre la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) es una novedad, pues se prevé que, mediante la adopción de una decisión, el Consejo podrá establecer normas sobre el tratamiento de datos personales por parte de los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en la PESC. Esta disposición constituye una excepción al procedimiento

instrumento de derecho constitutivo consagra una competencia general de la UE para legislar en materia de protección de datos³¹⁴. De este modo, se establece el derecho de proteger los datos personales y se concreta que la UE tiene competencias legislativas específicas (en concreto, reglamentos y directivas) sobre la protección de las personas, respecto al tratamiento de sus datos personales, convirtiéndola, por lo tanto, en una nueva competencia de la UE, ofreciendo a las instituciones europeas una nueva base jurídica, dedicada expresamente a la adopción de la legislación en el sector de la protección de las personas físicas, por lo que respecta al tratamiento de datos personales.

No sólo se reconoce un derecho que debe ser protegido, denominado “derecho a la protección de los datos de carácter personal”, sino que, además, para salvaguardar [el derecho a] la dignidad humana, y todos los derechos relacionados con la misma, frente a los retos de la nueva era digital, el ordenamiento jurídico de la UE ha establecido unas bases jurídicas donde se regula el desarrollo de un acervo normativo, incorporando la posibilidad de que las instituciones de la UE legislen un conjunto de reglas (de carácter derivado) conducentes a garantizar los derechos individuales en el ámbito de la protección de datos. También se hace alusión a unas garantías específicas de protección, regulando que serán autoridades especializadas e independientes las que supervisarán y velarán por el cumplimiento de la normativa correspondiente.

Mientras se avanzaba en el proyecto europeo, modificando los tratados constitutivos, en el 2000 se adoptó la CDFUE en la que, a través de una síntesis, para algunos una suerte de “consolidación imposible”³¹⁵, de las tradiciones constitucionales comunes, así como a través de los compromisos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, se incorporaron, en un solo texto, y “de modo ciertamente completo” todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, además de

establecido en el segundo párrafo del artículo 16 TFUE y, como tal, debe interpretarse de manera restrictiva, de acuerdo con el artículo 40 TUE, en la medida en que la aplicación de la PESC se llevará a cabo sin perjuicio de aquellos procedimientos y del alcance de las competencias de las instituciones establecidas para el ejercicio de las facultades a que se hace referencia en los artículos 3 a 6 TFUE.

³¹⁴ Al disponer que: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan [...] El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea*”.

³¹⁵ RUIZ DE MIGUEL, C.: “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 7, núm. 14 (enero-abril), 2003, p. 6

nuevos derechos que trascendían “las clásicas formulaciones de los textos constitucionales e internacionales”³¹⁶. En otras palabras, se consagró, por primera vez en la UE, un exhaustivo y pretencioso catálogo de derechos, designados y reconocidos como fundamentales³¹⁷, equiparaba todos los derechos, superando así las barreras de la clásica y errónea jerarquización o priorización entre categorías (comúnmente conocidas como generaciones) de derechos, consagrando también el principio de la indivisibilidad de los derechos. Aunque la CDFUE fue elaborada por una Convención³¹⁸, no se le confirió un efecto vinculante, como ya se dijo, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007, que modificó los Tratados y alteró su estado, convirtiéndola en una carta de derechos jurídicamente obligatoria y otorgándole el mismo valor que los demás tratados constitutivos³¹⁹.

Este avance se puede calificar de simbólico e importante en el proceso de *constitucionalización* de la UE³²⁰, pues no sólo dota de mayor visibilidad a los derechos fundamentales a través de la consagración de un texto dogmático³²¹, sino que también constituyó la génesis de la protección multinivel de los derechos fundamentales en el marco de la integración jurídica europea³²². De tal modo, la CDFUE, a pesar de no tener un ámbito de aplicación universal, representa, nada más y nada menos que la

³¹⁶ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R.: “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela ‘multinivel’”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, p. 252.

³¹⁷ Según su preámbulo, la Carta tiene como objetivo “*reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*” y reafirmar “*respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.

³¹⁸ E incluso antes de su incorporación al derecho originario, se consideró que su particularidad residía en que era “*directriz para la política de los derechos fundamentales e indicador de los valores fundamentales comunes y, al mismo tiempo, proporcionar una base normativa fiable y coherente [...] va a adquirir una importante función como documento político-constitucional en el discurso político, y ello no sólo desde la perspectiva de los órganos sino también desde la de los ciudadanos*”. Vid. WEBER, A.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (trad. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64 (enero-abril), 2002, p. 81.

³¹⁹ Vid. Artículo 6, apartado 1, del TUE, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

³²⁰ CRUZ VILLALÓN, P.: “La Constitución inédita...*op.cit.*”, pp. 9-29.

³²¹ JIMENA QUESADA, L.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, p. 63.

³²² LANZONI, L.: “Protección y limitación de los derechos humanos en el Art. 52 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 83 (enero-abril), 2012, p. 575; y DOUGLAS-SCOTT, S.: “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, núm. 4, 2011, pp. 651-652.

indivisibilidad de los derechos humanos, apoyada por su uso directo e indirecto por parte del TJUE y el juez nacional, en la interpretación de los derechos clasificados como ‘fundamentales’, por vía de la aplicación directa del Derecho de la UE o por vía del conocido “diálogo entre tribunales”³²³. Esto último lo veremos con más detenimiento en el *Capítulo VI*, dedicado, en parte, a las garantías jurisdiccionales europeas.

De tal suerte, la CDFUE no solo garantiza el respeto a la vida privada y familiar en su artículo 7, derechos indirectamente vinculados a la intimidad y privacidad en el ámbito informático, sino que también establece el derecho a la protección de datos en su artículo 8³²⁴, gozando este bien jurídico protegido de su propio precepto, consagrando, de manera explícita, su naturaleza de derecho fundamental y elevando, de manera significativa, su protección en el ordenamiento jurídico europeo³²⁵. A pesar de que muchos Estados Miembros, como se ha mencionado anteriormente, ya habían reconocido el derecho a la protección de datos, la CDFUE fue el primer catálogo supranacional de derechos que consagró este, escindiéndolo o discerniéndolo del derecho al respeto a la vida privada o intimidad. Concretamente, el solemne reconocimiento del art. 8 CDFUE establece que:

“[...] Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan [...] Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. [...] El respeto de estas normas quedar sujeto al control de una autoridad independiente”.

Por lo tanto, la CDFUE no solo menciona expresamente un derecho (fundamental) a la protección de los datos de carácter personal³²⁶ (Art. 8.1), sino que también hace referencia a los principios clave en materia de protección de datos (Art. 8.2) y garantiza

³²³ VERGOTTINI, G.: *Más allá del diálogo entre tribunales* (trad. TENORIO SÁNCHEZ, P.J.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

³²⁴ Una reflexión curiosa es la inclusión de este derecho, inmediatamente después del derecho a la vida privada y familiar, reforzando así su vinculación inherente.

³²⁵ La coexistencia de ambos preceptos puede justificarse como conciliación entre los dos grandes enfoques de regulación de dicho derecho por los Estados Miembros (compromiso entre aquellos ordenamientos y tradiciones jurídicas que reconocían el derecho a la protección de datos como intrínsecamente ligado a la privacidad e intimidad, y aquellos que reconocían el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental independiente y autónomo). *Vid.*, en este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 219.

³²⁶ Conviene recordar la cronología, pues la adopción de la CDFUE fue posterior a la adopción de la Directiva 95/46/CE, siendo esta última, originariamente, el primer texto jurídico de la Unión que estableció un derecho a la protección de datos.

el control de la aplicación de dichos principios por parte de una autoridad independiente que será designada en virtud de la misma y de los tratados (Art. 8.3). Este artículo ha venido siendo considerado por la doctrina una innovación³²⁷, produciendo para la regulación y protección de los datos de carácter personal una suerte de giro copernicano, aunque matizando su calificación de novedoso dado que no surgió *ex nihilo*, sino que venía desarrollándose a partir de normativa internacional y tradiciones constitucionales internas³²⁸, y otros lo consideraron deficitario y problemático³²⁹. Si bien es cierto que la CDFUE no proporciona una definición completa, pues se limita a establecer y reconocer el derecho de toda persona a la protección de sus datos personales y a concretar bajo qué principios se deberá garantizar este derecho³³⁰, no deja de ser, gracias a la expansión jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el instrumento europeo más citado para la efectividad de los derechos fundamentales, en general, y el derecho a la protección de datos, en particular, en el seno de la UE.

El Tratado de Lisboa, en este sentido, introdujo estas dos innovaciones importantes en relación con el derecho a la protección de datos de carácter personal. En primer lugar, la atribución de una competencia específica a la UE en esta materia y el reconocimiento de un derecho individual de cada persona a proteger aquellos datos de carácter personal que les conciernen. En segundo lugar, incluyó la CDFUE como parte del Derecho originario, con el mismo valor que los tratados constitutivos, reconociendo un derecho a la protección de datos de carácter personal autónomo e independiente del derecho a la vida privada y protegido por una norma vinculante³³¹.

³²⁷ De hecho, su consagración como tal en la CDFUE se ha calificado por González Fuster como un “derecho innovador de genealogía mixta”. *Vid.*, en tal sentido, GONZÁLEZ FUSTER, G.: “¿Un debate cada vez más fundamental o cada vez menos?”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-2.

³²⁸ PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro” en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L. (Eds.) *El derecho a la autodeterminación informativa...op.cit.*, p. 93.

³²⁹ Ruiz de Miguel, por ejemplo, aludía a los problemas de la Carta, en tanto en cuanto, por ejemplo, no establecía un estatuto jurídico único para la protección de los datos personales, sino “*más bien una multiplicidad de regímenes, todos ellos válidos, cuya aplicación eventualmente se solapa*”. RUIZ DE MIGUEL, C.: “El Derecho a la Protección de los Datos Personales en la Carta de Derechos...op. cit.”, p. 10.

³³⁰ Esto se explica teniendo en cuenta que, al haber sido adoptada varios años después de la Directiva de protección de datos, se entiende que el artículo 8 de la CDFUE recoge toda la legislación de la UE preexistente en materia de protección de datos.

³³¹ No obstante, cabe destacar que parte de la doctrina constitucionalista ha criticado que, a pesar de otorgar una mayor apariencia constitucional, dicho hito no ha proporcionado un nivel más generoso de protección y de disfrute de los derechos fundamentales. Para un análisis genérico más exhaustivo, *vid.* JIMENA QUESADA, L., “La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 50, 2014, pp. 197; y uno más específico al derecho objeto de estudio, *vid.* GONZÁLEZ FUSTER G., y GELLERT, R. “The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right”, *International Review of*

A pesar de tener bases jurídicas en el Derecho originario, también encontramos normativa, de carácter derivado (“autónomo”³³²), que regula el derecho a la protección de datos de manera específica y exhaustiva. A continuación se citarán y explicarán brevemente la *Directiva de protección de datos*, como el primer acto de Derecho derivado europeo más relevante en la materia objeto de investigación³³³, y se analizará de manera exhaustiva el recientemente adoptado *Reglamento General de Protección Datos*, que renueva todo el marco regulatorio en el seno de la UE en materia de protección de datos y que resulta de aplicación directa en todos los Estados Miembros desde el 24 de mayo de 2016. Además, desde la perspectiva de la gobernanza europea, y a título meramente indicativo, haremos un examen sucinto de la normativa especial aplicable al tratamiento de datos personales que realicen las autoridades y agencias en los sectores policial y

Law, Computers and Technology, Vol. 26, núm. 1, 2012, p. 75: “*The explanations of the Charter, as revised in 2007, do indeed enumerate the sources of the right to personal data protection recognised in Article 8 of the Charter: Article 8 of the ECHR, Council of Europe’s Convention 108, Article 286 of the Treaty establishing the European Community (currently replaced by Article 16 of the Treaty on the Functioning of the EU and Article 39 of the EU Treaty) and the Data Protection Directive. But, furthermore, they also laconically note that the Data Protection Directive and a Regulation adopted in 2001 in order to make the Directive applicable to institutions and bodies of the European Communities ‘contain conditions and limitations for the exercise of the right to the protection of personal data’. If, following Article 6(1) of the EU Treaty, the fundamental right consecrated by Article 8 of the EU Charter is to be interpreted in the light of these explanations, which themselves refer to the limitations foreseen in provisions of EU secondary law, the result would be that the right to the protection of personal data, despite its formal ‘fundamental’ status, can be de facto limited by EU secondary law, and these restrictions would appear to delineate its content*”.

³³² RUIZ DE MIGUEL, C.: “El Derecho a la Protección de los Datos Personales en la Carta de Derechos...*op.cit.*, p. 18.

³³³ Habiendo toda una serie de entramados normativos de carácter derivado relacionada directa o indirectamente con la misma. Siguiendo un orden cronológico, y dado que no se pretende efectuar un análisis exhaustivo de todos los instrumentos jurídicos relativos a la protección de los datos de carácter personal, seguidamente se presenta una mera enumeración de otros actos jurídicos emanados de las instituciones europeas, relevantes para la materia objeto de este trabajo. Dado que la Directiva de protección de datos solo podía estar dirigida a los Estados Miembros de la UE y cubría consecuentemente el ámbito material de la protección de datos en relación con el mercado interior, era necesario adoptar instrumentos jurídicos adicionales para establecer la protección de datos para el tratamiento de estos en ámbitos no amparados por la Directiva de protección de datos, así como, en aquellos ámbitos cubiertos por la Directiva, se requerían disposiciones más detalladas. En este sentido, cabe mencionar, como Derecho derivado adicional, la Directiva 97/66/EC relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, luego ampliada por la Directiva 1001/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, como *lex specialis*; el Reglamento 45/2001 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personas por las instituciones y los organismos comunitarios y la libre circulación de estos datos (recientemente actualizada como veremos); la Directiva 2006/24/EC sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE; la Directiva 2009/136/CE por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y la Directiva 2002/52/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores; y la Decisión marco 2008/977/JAI relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

judicial, la llamada *Directiva Policial* de 27 de abril de 2016, y aquel tratamiento efectuado por las propias instituciones y órganos de la UE, que hemos decidido llamar el *Reglamento Institucional de Protección de los Datos* de 23 de octubre de 2018.

El instrumento jurídico europeo principal en materia de protección de datos hasta 2016 fue la Directiva 95/46/CE³³⁴ (“Directiva de protección de datos”, en adelante), como instrumento adoptado para regular la armonización de protección de los datos en el ámbito de la libre circulación en el mercado interior, que incluía también la libre circulación de datos. Su calificación de principal³³⁵ o de punto de inflexión normativa³³⁶, viene dada por ser el primer instrumento de la UE, con anterioridad a la adopción de la CDFUE y de las modificaciones devenidas del Tratado de Lisboa, que reconoció el derecho a la protección de datos a través del objetivo de proteger la intimidad y privacidad en el tratamiento de los datos personales³³⁷. Existen autores que consideran que la Directiva de protección de datos no reconoce formalmente un ‘derecho a la protección de datos de carácter personal’, ya que esta se enfoca, y así se hace constar en su título, en la protección de las personas en lo relativo al procesamiento de sus datos personales³³⁸. Ahora bien, el hecho de que la Directiva se redactara con el objetivo principal de proteger los derechos y libertades fundamentales de los individuos, tales como su privacidad e intimidad, en lo relativo al tratamiento de sus datos, se debe interpretar más bien como el primer paso y el punto de partida hacia un reconocimiento formal de este derecho fundamental.

³³⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:es:HTML>

³³⁵ Algunos incluso la han calificado, correctamente, de hito en la historia de la protección de los datos personales en la UE. Para un análisis más exhaustivo, vid. RALLO LOMBARTE, A. “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, nº 85 (septiembre-diciembre), 2012, pp. 17 y ss.

³³⁶ GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 98.

³³⁷ “Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”. Vid. artículo 1 que establece un doble objetivo: (1) de equiparar el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas por lo que se refiere al tratamiento de datos personales en todos los Estados miembros, y (2) facilitar la libre circulación de datos en el mercado interior. Así, la Directiva establece que los Estados miembros están obligados a garantizar todos los derechos fundamentales vinculados y no sólo el derecho a la intimidad, y abstenerse de imponer restricciones a la libertad de circulación de los datos de carácter personal.

³³⁸ GONZÁLEZ FUSTER, G.: *The Emergence of Personal Data... op. cit.*, p. 129.

La Directiva de protección de datos, en su artículo 2, delimitó el concepto de “datos personales” estableciendo que estos incluyen cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable directamente. Es decir, se consideraban ‘datos personales’ no sólo aquellos elementos pertenecientes a la esfera privada del individuo, sino también todo contenido o información que haga identificable a una persona; datos tales como el nombre, lugar de residencia o domicilio, incluyendo asimismo informaciones relativas a la propia actividad profesional. Esta Directiva, a grandes rasgos, sentó las bases para coordinar y armonizar las legislaciones nacionales aplicables en materia de protección de datos en aras de garantizar la libre circulación de tales datos entre los Estados Miembros. Todo ello se hizo a través de una mayor protección de los derechos y libertades, concretamente, del respeto a la intimidad, y sobre todo a través de la implementación de principios³³⁹ y requisitos procedimentales mínimos en lo relativo a la recopilación y tratamiento de los datos personales, para asegurar una protección adecuada³⁴⁰. Asimismo, la Directiva de protección de datos, en el primer apartado de su artículo 8, estableció una prohibición general sobre el tratamiento de datos especialmente sensibles, conectados a potenciales colectivos vulnerables, en concreto aquellos reveladores del origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato u asociación profesional similar, y datos relativos a la salud o sexualidad, salvo en casos específicos y justificados tales como el haber dado

³³⁹ El propio Considerando 11 del preámbulo de la Directiva avisa de que este acto jurídico europeo asienta unos principios básicos: “*Considerando que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad, contenidos en la presente Directiva, precisan y amplían los del Convenio de 29 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en los que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales [...]*”.

³⁴⁰ Con tal orientación, el artículo 6 de la Directiva de protección de datos establecía la necesidad de tratar los datos de manera leal y lícita, ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines, ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente, ser exactos y actualizados, y ser conservados durante un tiempo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos. Estos principios han sido denominados por la doctrina ‘principio de lealtad’, ‘principio de finalidad’ y ‘principio de utilización no abusiva’, ‘principio de pertinencia’, ‘principio de exactitud’, y ‘principio del derecho al olvido’, respectivamente. También se consagran en este instrumento jurídico otros principios tales como el principio de confidencialidad (artículo 16), de seguridad (artículo 17), de consentimiento del interesado (artículo 7), y de acceso individual a través de los derechos de acceso y oposición (artículos 12 y 14). y predica, en general que debe primar el principio de información del propio interesado (artículos 10 y 11). Por último, cabe destacar de esta Directiva que, en lo relativo a la implementación de sus disposiciones, esta preveía en materia sancionadora que los Estados Miembros debían adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la efectiva aplicación e implementación de la misma (artículo 24). Para el análisis de estas cuestiones, *vid.*, por todos, BRU CUADRADA, E.: “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 5, 2007, pp. 82.

consentimiento expreso, por razones de interés general o vital del interesado u otra persona (artículo 8.2).

La relevancia de la Directiva de protección de datos es indudable, pues en ella se reguló por primera vez, a nivel de la UE, la protección de datos, al tiempo que fue diseñada para dar contenido y ampliar los principios someramente contemplados en el Convenio nº 108 del CdE. Fue particularmente importante la introducción de un supervisor independiente como instrumento de mejora del funcionamiento y del cumplimiento de las normas de protección de datos. De hecho, la relevancia de la Directiva de protección de datos ha sido reconocida por el propio TJUE en múltiples ocasiones, estableciendo que esta, al pretender equiparar el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas por lo que se refiere al tratamiento de datos personales en todos los Estados Miembros, ofrece una aproximación de las legislaciones nacionales, asegurando así un alto nivel de protección dentro de la Unión. En tal línea, ha concluido que, a pesar de ser una Directiva normalmente una norma de *minimis*, en realidad, los Estados Miembros gozan de un limitado margen de discrecionalidad a la hora de aplicar sus disposiciones: “*desde este punto de vista, [...] la armonización de dichas legislaciones nacionales no se limita a una armonización mínima, sino que constituye en principio, una armonización completa*”³⁴¹.

El Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”, en adelante)³⁴² que entró en vigor en mayo de 2018, deroga y sustituye a la Directiva 95/46/CE. La necesidad de una modernización en el aparato jurídico relativo a la protección de datos es evidente: la Directiva de protección de datos se adoptó en un momento en el que el desarrollo de la innovación tecno-digital, y concretamente de la Red, estaba en una fase incipiente, mientras que los retos planteados en el entorno digital actual requieren de normas uniformes y eficaces para garantizar los derechos más fundamentales en riesgo, no previstos en el siglo anterior. Este nuevo marco jurídico³⁴³ ha comportado una revisión

³⁴¹ Asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) contra Administración del Estado*, sentencia de 24 de noviembre de 2011, apartados 28-29.

³⁴² 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). Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>

³⁴³ Que algunos han calificado como un “nuevo Derecho europeo de protección de datos personales”. *Vid.*, RALLO LOMBARTE, A., y GARCÍA MAHAMUT, R. (Coords.), *Hacia un nuevo Derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; PIÑAR MAÑAS J. L. (Dir.), *Reglamento General*

global del sistema europeo de protección de datos, tanto en el ámbito formal como sustantivo dado que se decide regular la reforma mediante un Reglamento y se abordan nuevos retos y problemas no debidamente regulados con anterioridad³⁴⁴. En efecto, la falta de armonización de legislaciones hasta la fecha, así como la ausencia de garantías jurídicas para el ejercicio efectivo del derecho a la protección de los datos de carácter personal, han abocado a la necesidad de dar un paso hacia delante. El RGPD supone, por lo tanto, un refuerzo del derecho a la protección de datos como pilar básico de las garantías y libertades en Europa y pretende alcanzar una verdadera armonización, en todo el territorio de la UE, en materia de protección de datos, mediante el uso de una norma única, de aplicación directa y con efecto homogeneizador en todos los Estados Miembros, con un doble fin: alcanzar un nivel coherente de protección en todo el territorio y evitar aplicaciones fragmentadas y divergencias normativas que dificulten la libre circulación y protección de los datos de carácter personal. Así pues, se analizará de manera exhaustiva la nueva normativa vigente relativa a la regulación del procesamiento de datos de carácter personal y a los parámetros de protección de dicho derecho fundamental.

Decir que el recientemente adoptado RGPD cambia el marco de protección de los datos de carácter personal en Europa sería una afirmación un tanto simplificada³⁴⁵. En otras palabras, “*afirmar que el RGPD europeiza el derecho a la protección de los datos personales constituye una especie de verdad a medias*”³⁴⁶, dado que, como se ha podido apreciar, la *europeización* de este derecho emergente se ha ido produciendo desde la década de los años ochenta. El proceso legislativo intenso de más de cuatro años que culminó con la adopción, en abril de 2016, y la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en mayo de 2016, del RGPD, ha concluido con una legislación ambiciosa, compleja y precisa destinada a transformar la manera en la que se recogen los datos de carácter personal que se comparten y se utilizan en la era tecno-digital actual. Se pueden observar conceptos familiares de la Directiva 95/46/CE, pero a pesar de las similitudes,

de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, Editorial Reus, Madrid, 2016; y TOMÁS MALLÉN, B.: “Las Sinergias entre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y el Convenio 108+...*op. cit.*, pp. 64-67

³⁴⁴ *Vid.*, por ejemplo, RALLO LOMBARTE, A. “Hacia un nuevo sistema europeo...*op. cit.*, p. 16; GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018...*op. cit.*, pp. 97-98.

³⁴⁵ Aunque existen argumentos a favor de que el RGPD ha supuesto “un antes y un después”. *Vid.*, por todos, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “El Tribunal Supremo y el derecho a la protección de datos”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019 p. 181.

³⁴⁶ GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018...*op. cit.*, p. 98.

los efectos jurídicos son mucho mayores con esta nueva normativa. El RGPD, como acto típico denominado ‘reglamento’, es directamente aplicable en todos los Estados miembros, sin necesidad de intervención de los parlamentos nacionales, a diferencia de la armonización derivada de la anterior Directiva y su procedimiento de transposición (que generaba obligaciones y derechos no idénticos en toda la UE). La adopción de un Reglamento único persigue abarcar el más amplio espectro y posibilitar la aplicación uniforme del Derecho de la UE en lo referente a la protección de datos.

Este RGPD tiene como objetivo principal otorgar al individuo un mayor control sobre sus datos, a través del fortalecimiento de las disposiciones de la normativa anterior y la creación de nuevos recursos jurídicos a su disposición en caso de injerencia y vulneración de sus derechos. El Reglamento 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 ficheros. El RGPD, además, incorpora las mismas definiciones introducidas por la Directiva de protección de datos, a la vez que modifica y mejora otras: define los nuevos términos, tales como ‘datos genéticos’, ‘datos biométricos’, ‘los datos relativos a la salud’, entre otras³⁴⁷. Aunque, en general, el RGPD aplica los mismos principios en materia de protección de datos que los introducidos por el artículo 6 de la Directiva de protección de datos, sí que añade los principios de transparencia³⁴⁸, aclara el principio de minimización de datos, y refuerza otros aspectos relativos a las obligaciones de los responsables del tratamiento³⁴⁹.

³⁴⁷ *Vid.* artículo 4 del RGPD.

³⁴⁸ *Vid.* artículo 12 del RGPD.

³⁴⁹ El RGPD requiere de los controladores y procesadores la puesta en práctica de una serie de políticas y medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de datos y, adicionalmente, proteger el derecho fundamental vinculado a los mismos (art. 25). Desde una perspectiva práctica, esta es una de las novedades más notables, pues las empresas responsables deberán cambiar su práctica de procesamiento y tratamiento de datos para obedecer las nuevas normas que incluyen la implementación de políticas de protección de datos; protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto, la cooperación con las autoridades de supervisión de los controladores y procesadores (art. 30). Otras innovaciones importantes, desde la perspectiva práctica y enfocado en los responsables del tratamiento, son las evaluaciones de impacto de protección de datos (art. 35), las consultas previas con las autoridades de protección de datos en caso de alto riesgo (art. 36), la inclusión del requisito de la notificación de la autoridad de control dentro de las veinticuatro horas, en caso de una injerencia en los datos personales y la notificación al interesado, si el incumplimiento afectara negativamente a su privacidad o datos personales (arts. 33 y 34), la nueva obligación de mantener la documentación de todas las operaciones de tratamiento bajo su responsabilidad (arts. 29 y 30).

Además de ampliarse el ámbito de aplicación material, se amplía también el ámbito territorial³⁵⁰, aplicándose dicho Reglamento dentro y fuera de la UE en determinados contextos. Se aplica concretamente: (1) al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la UE, independientemente de que el tratamiento tenga lugar dentro de la UE o no; (2) al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la UE por parte de un responsable o encargado no establecido en la UE, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la UE, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la UE; (3) al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la UE, sino en un lugar en que el Derecho de los Estados Miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público³⁵¹. Se observa, por tanto, la inclusión, en el último inciso, de la precisión de que el Reglamento se aplica independientemente de si el tratamiento se lleva a cabo en la Unión o no. Todo lo cual representa un avance importante con respecto a la Directiva, pues sustituye el criterio determinante facilitando el sometimiento a la legislación europea y, por ende, a las autoridades de control³⁵², a los tribunales nacionales, y en última instancia al TJUE, de quienes, no encontrándose establecidos en la UE, vulneran las disposiciones del RGPD.

El RGPD también introduce elementos novedosos relativos al tratamiento de categorías especiales de datos. Se prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud³⁵³ o datos

³⁵⁰ Según García Mahamut la “verdadera clave de bóveda sobre la que descansa las mayores aportaciones del RGPD” resulta ser la “ruptura del principio de territorialidad”. Vid., GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018...*op. cit.*, p. 97.

³⁵¹ Vid. artículo 3 del RGPD.

³⁵² Teniendo incorporado igualmente disposiciones relativas a la regulación de las autoridades independientes de control de datos (funciones, poderes, etc.), reglas sobre su competencia y la necesidad de cooperación mutua (arts 51 y ss.), las transferencias de datos personales a terceros países, aunque también ha ampliado la gama de medidas que pueden ser utilizadas para legitimar dichas transferencias (arts 44 y ss.), la creación oficial del Comité Europeo de Protección de Datos como organismo específico e independiente para garantizar la aplicación coherente del RGPD (arts. 68 y ss.), recursos disponibles para los interesados (arts. 77 y 83) y reglas generales sobre la imposición de sanciones (arts. 84 y ss).

³⁵³ Al tratamiento de los datos de salud, por ejemplo, se le da una protección adicional en el RGPD, pues este permite el procesamiento de dicha información, siempre y cuando la legislación europea o nacional establezcan las garantías adecuadas para proteger los intereses de los titulares de dichos datos, y cuando estos sean necesarios por razones de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del

relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física³⁵⁴. Como se puede observar, la lista de categorías especiales de datos es más amplia que la de la Directiva de protección de datos, ya que incluye los datos genéticos, condenas penales y medidas de seguridad relacionadas con las mismas y permite el tratamiento de datos sensibles, en un marco de garantías análogas a las previstas en el artículo 8 de la Directiva de protección de datos. Además, el RGPD introduce disposiciones de tutela específicas para el tratamiento de los datos personales de los niños menores de 16 de años³⁵⁵, exigiendo que el consentimiento sea dado o autorizado por los padres de un niño o el tutor legal cuando se trate de servicios de la sociedad de la información³⁵⁶; todo lo cual no afectará a disposiciones generales contractuales de los derechos nacionales, así como a las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con menores³⁵⁷. En este precepto también se le impone al responsable del tratamiento la obligación de verificar, con esfuerzos razonables y a su alcance, que el consentimiento dado fue autorizado por el titular de la patria potestad³⁵⁸. Todo lo anterior será específicamente analizado con respecto al derecho al olvido digital, objeto de este trabajo de investigación y cuya mención sucinta se hace a continuación.

Más directamente vinculado a la protección efectiva del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, se encuentran las novedades relativas a los derechos del interesado³⁵⁹. El RGPD introduce un nuevo requisito para los controladores,

trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados Miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública o en áreas tales como la protección social y, por razones históricas, estadísticas, científicas o de investigación, con la condición de que tales efectos no pueden cumplirse de otro modo (vid. art. 9.2, (h), (i), y (j)).

³⁵⁴ Vid. apartado 1 del artículo 9 de la RGPD.

³⁵⁵ El RGPD permite un margen de discrecionalidad a los Estados Miembros en lo relativo a rebajar la edad a tales fines, siempre y cuando esta no sea inferior a los 13 años.

³⁵⁶ Vid. artículo 8 del RGPD.

³⁵⁷ Vid. apartado 3 del artículo 8 del RGPD.

³⁵⁸ Vid. apartado 2 del artículo 8 del RGPD.

³⁵⁹ Con respecto al consentimiento del mismo al tratamiento de sus datos personales, el RGPD prevé una definición más amplia que la prevista en la Directiva, precisando que el consentimiento hace referencia a *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”* (art. 4.14). No obstante, para poder considerar que el consentimiento es *“inequívoco”*, el RGPD establece que este se dará cuando se haga una declaración de los interesados o una acción positiva que indique el acuerdo del interesado. Además, el RGPD contempla que el consentimiento haya de ser *“explícito”* en algunos casos, como puede ser para autorizar el tratamiento de datos sensibles. Por lo tanto, es un requisito más estricto, ya que el consentimiento no podrá entenderse como concedido implícitamente mediante ningún tipo de acción positiva. El RGPD impone la carga de la prueba del consentimiento del interesado en el controlador que procesa los datos personales con determinados fines (art. 7) y prevé que los interesados tienen el derecho de retirar su consentimiento en cualquier momento (art. 7.3).

relativo a proporcionar información transparente, de fácil acceso y comprensible sobre protección de datos personales³⁶⁰. Los controladores, además, están obligados a informar a los titulares de los datos sin demora y en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud, si no se ha llevado a cabo ninguna acción respecto a cualquier corrección o supresión atinente a sus datos personales³⁶¹. Se consagran, de manera novedosa y expresa, un derecho de portabilidad de datos³⁶² y un derecho de supresión (el comúnmente denominado, y así también referido por el Reglamento, como ‘derecho al olvido’³⁶³), relativo a obtener del controlador la supresión y certeza de abstención de difundir aquellos datos de carácter personal que son irrelevantes o han devenido irrelevantes, innecesarios u obsoletos por el paso del tiempo³⁶⁴. En relación con las decisiones individuales automatizadas, incluidas elaboraciones de perfiles, el RGPD introduce otro artículo novedoso para regularlas. Se establece que toda *“persona interesada tiene el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”*³⁶⁵. Las limitaciones a los derechos y obligaciones establecidos en el presente RGPD están recogidas en su artículo 23, que incluye una lista de excepciones tales como la seguridad pública o del Estado, la defensa, objetivos de índole penal, económica, judicial, entre otros. El precepto dispone que esto se podrá hacer *“cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática”*.

³⁶⁰ Vid. apartado 1 del artículo 12 del RGPD.

³⁶¹ Vid. apartado 3 del artículo 12 del RGPD.

³⁶² Vid. artículo 20 del RGPD, que otorga al titular de los datos, cuando estos se traten de forma electrónica, una serie de condiciones. Es, en definitiva, un derecho a obtener del controlador una copia de los datos que se estén procesando, de manera electrónica y estructurada, pero permitiendo un uso posterior por el titular de los datos.

³⁶³ Por primera vez reconocido en la STJUE de 13 de mayo de 2014 de la Gran Sala del TJUE para el asunto C-131/12 Google España. Esta sentencia supuso que el interesado puede solicitar que se bloqueen en las listas de resultados de los buscadores, los vínculos que conduzcan a informaciones que le afecten y que resulten obsoletas, incompletas, erróneas, falsas o irrelevantes y no sean de interés público, entre otras razones.

³⁶⁴ Vid. artículo 17 del RGPD.

³⁶⁵ Vid. artículo 22 del RGPD. Las excepciones a la regla, y por tanto, el perfil de un sujeto es posible cuando: (1) sea necesario para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, (2) esté autorizado por el Derecho de la UE o nacional, que establecen asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o (3) se base en el consentimiento explícito del interesado. Cabe hacer referencia a que el Grupo de Trabajo del artículo 29, en su dictamen 01/2012 estuvo de acuerdo con estas condiciones, aunque aclaró que el perfil no debía limitarse y debería cubrir la creación de perfiles personales de las redes sociales y de las aplicaciones móviles.

Como se puede observar, a grandes rasgos, el RGPD proporciona mayor claridad, refuerza derechos ya reconocidos, consagra nuevos derechos, incluye una mayor transparencia, mayor control sobre el procesamiento, la minimización de datos y acceso a los datos y refuerza la protección de colectivos vulnerables tales como los niños y adolescentes. Para los responsables del tratamiento el RGPD asegura mayor responsabilidad activa y rendición de cuentas del tratamiento y procesamiento de los datos, introduciendo obligaciones específicas con base jurídica propia, tales como la seguridad de los datos. Además, el RGPD refuerza la independencia y los poderes de las autoridades nacionales de datos y crea un mecanismo de coherencia.

El RGPD se aplicará al tratamiento de datos personales, independientemente de si el tratamiento se lleva a cabo en la Unión o no, lo que significa que se aplicará tanto a las empresas de la UE como a aquellas extracomunitarias, siempre y cuando los destinatarios de sus servicios sean ciudadanos de la UE. Hay que recordar que la reforma de la protección de datos tuvo por objeto actualizar y modernizar la normativa en la materia, lo que ha implicado, fundamentalmente, la adopción de dos instrumentos legislativos, siendo uno de ellos el Reglamento general de protección de datos previamente analizado. La principal consecuencia de la entrada en vigor³⁶⁶ de este nuevo instrumento jurídico europeo es que, como Reglamento, gozará de una aplicación directa en todos los Estados Miembros y se verán sustituidas todas sus leyes nacionales, que, a día de hoy, no son uniformes. Ahora bien, cabe recordar que el legislador nacional sigue gozando de un cierto margen de maniobra o de apreciación, en varios ámbitos concretos, lo que, sin duda, provocará limitaciones en su efectiva aplicación.

De lo que no cabe duda es de su calificación como “modelo inspirador”³⁶⁷ y basado en los derechos. El RGPD garantiza un cumplimiento más sólido de la protección de datos, siendo un régimen más resistente y mucho más restrictivo de la discrecionalidad estatal que el anterior. Este nuevo marco jurídico es considerablemente más severo que la Directiva anterior, pues mejora y amplía los derechos de protección de datos de los individuos. Sería inexacto caracterizar todo lo incluido en el RGPD como nuevo³⁶⁸, pues

³⁶⁶ Teniendo en cuenta la particularidad del RGPD según sus disposiciones finales: entró en vigor el 24 de mayo de 2016 pero se lleva aplicando directamente en los Estados Miembros desde el 25 de mayo de 2018.

³⁶⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, 2019, p. 74.

³⁶⁸ Aunque, de manera genérica, se le haya bautizado con ese calificativo. *Vid.* RALLO LOMBARTE, A. “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma”, *Revista de Derecho*

tras un examen con suficiente nivel de detalle, se observa que sólo algunas de las disposiciones son realmente nuevas. No obstante, a pesar de los retos e implicaciones que la nueva normativa presenta, la adopción de este Reglamento es un verdadero hito, pues gran parte de su carácter novedoso reside en que refuerza los requisitos y derechos existentes, necesarios para garantizar una protección real y efectiva del derecho fundamental a la protección de datos, a la vez que consagra derechos y garantías digitales ausentes hasta la fecha.

Conviene hacer siquiera escueta referencia a las exclusiones previstas en el nuevo Reglamento General de 2016 en materia de persecución de los delitos y en materia de tratamiento de datos personales por parte del aparato institucional europeo, que se regulan por otras normas de la UE. Este es el caso del otro gran instrumento del paquete de modernización del sistema europeo de protección de datos: la Directiva 2016/681 de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave³⁶⁹. Este instrumento europeo se concibe como un instrumento comprensivo e integral, pues abarca tanto el procesamiento y tratamiento transfronterizo como nacional cuando de materia policial y penal se trata. El ámbito de aplicación material, por lo tanto, se reconduce básicamente a los objetivos (efectos policiales y prevención de delitos), mientras que el ámbito de aplicación personal es aquel tratamiento por parte de las autoridades competentes u otras entidades encargadas por ley de ejercer una autoridad o poder públicos. Además, cabe decir que es una armonización de mínimos, siendo posible mayor protección por parte de los Estados Miembros. Con respecto a los principios de procesamiento de datos de carácter personal, se deben destacar un par de diferencias con respecto al RGPD, ambas directamente relacionadas con la materia en cuestión que se señalan seguidamente. Expresado lo cual, antes, cabe al menos comentar que gran parte de la jurisprudencia europea se ha basado en la delicada combinación entre el respeto a la privacidad y el déficit de seguridad para llegar a la anulación de legislación

Político (UNED), nº 85 (septiembre-diciembre), 2012, pp. 21 y ss; y GUDÍN RODRÍGUEZ- MARIÑO, F.: *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de datos versus Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

³⁶⁹ DO L 119/132 de 04.5.2016. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2016/119/L00132-00149.pdf>

européa, tal y como ha sido ampliamente analizado por la doctrina³⁷⁰ y como se puede apreciar, por ejemplo, en el asunto *Parlamento contra Consejo y Comisión*³⁷¹.

En lo que atañe las principales novedades de la supracitada Directiva, se destaca lo siguiente. Primero, el principio de transparencia y el principio de minimización de datos se ven bastante reducidos. En el caso de la transparencia, será harto difícil ser completamente transparentes en investigaciones en curso o en el uso de medidas policiales como puede ser la vigilancia encubierta³⁷². En el supuesto del principio de minimización de datos, no tiene que ser adecuado, relevante o limitado, sino simplemente “no excesiva”³⁷³, lo que da a las autoridades nacionales más margen de maniobra para la persecución de delitos y para el cumplimiento de sus funciones. En segundo lugar, existen diferentes plazos para el periodo de conservación y despersonalización de los datos de carácter personal recogidos³⁷⁴. En tercer término, los derechos del interesado se delimitan de manera diferente con respecto al RGPD: con respecto al derecho de acceso, por ejemplo, este se concibe de manera genérica; dicho derecho incluye una serie de informaciones relativas al tratamiento de datos de carácter personal³⁷⁵, la posibilidad de respuesta por parte del controlador puede ser neutra y existe una serie de excepciones que limitan el ejercicio de dicho derecho como es “[...] evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales [...] evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales [...] proteger la seguridad pública [...] la seguridad nacional [...]”³⁷⁶. Además, se hace mención explícita a un

³⁷⁰ Vid. las aportaciones de SERRA CRISTOBAL, R.: “El control de datos de circulación de personas en la UE como mecanismo de salvaguarda de la seguridad nacional”, *Revista de derecho político*, núm. 102, 2018, pp. 305-332; VILLANI, S.: “Some further reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR data in the light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017”, *Revista de derecho político*, núm. 101, 2018, pp. 899-928; TOMÁS MALLÉN, B.: “Privacidad versus Seguridad en el ámbito europeo”, en FALLOS GARDÓ, A. (Ed): *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 215-242; NINO, M.: “The protection of personal data in the fight against terrorism. New perspectives of PNR European Union Instruments in the Light of the Treaty of Lisbon”, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, 2010, pp. 62-85; TUR AUSINA, R.: “Cooperación en materia de terrorismo, transferencia de datos personales y privacidad. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2006”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 8, núm. 2, 2006, pp. 219-240; y VILASAU, M.: “La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 3, 2006, pp. 1-15.

³⁷¹ Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *European Parliament v Council of the European Union (C-317/04) and Commission of the European Communities (C-318/04)*, STJUE de 30 de mayo de 2006

³⁷² Vid. Considerando 25.

³⁷³ Vid. Considerando 7, 38 y art. 13.

³⁷⁴ Vid. Considerando 37 y art. 12.

³⁷⁵ Vid. art. 14.

³⁷⁶ Vid. art. 15.

derecho de supresión y rectificación³⁷⁷ cuando los datos resulten inexactos, su tratamiento infrinja la presente directiva o cuando así lo establezca la ley. No obstante, su eficacia se ve limitada cuando la exactitud es impugnada o no se puede determinar, así como cuando los datos personales deben conservarse a efectos probatorios.

Este también es el caso del Reglamento Institucional de Protección de Datos (“RIPD”, en adelante)³⁷⁸, que entró en vigor en noviembre de 2018 y fue directamente aplicable para las instituciones, órganos y agencias de la Unión desde el 11 de diciembre de 2018, fecha en la que se ordenó que se derogase el reglamento aplicable anterior. Esta norma, según el propio SEPD representa un paso fundamental para la culminación del marco paneuropeo de protección de datos³⁷⁹. En concreto, el RIPD se aplica al tratamiento (total o parcialmente automatizado o no automatizado) de datos personales por parte de todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión³⁸⁰. La modernización del instrumento europeo de protección de datos a nivel institucional era necesario por sendas razones. En primer lugar, al formar parte del marco regulatorio europeo en protección de datos, tenía todo el sentido que si se actualizaba en el ámbito privado y público nacional, también se hiciera en el ámbito “público” europeo. En consecuencia, era igual y absolutamente necesario asegurar una alineación y armonización con los estándares de protección que ofrecían ya el RGPD y la Directiva Policial. Esta equivalencia entre los instrumentos europeos de protección de datos se establece en la exposición de motivos del RIPD:

“Redunda en interés de un enfoque coherente de la protección de datos personales en la Unión y de la libre circulación de datos personales en la Unión, armonizar, en la medida de lo posible, las normas de protección de datos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión con las adoptadas para el sector público en los Estados miembros. Cuando las disposiciones del presente Reglamento apliquen los mismos principios que las disposiciones del Reglamento (UE) 2016[...] según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...] ambas deben

³⁷⁷ Vid. art. 16

³⁷⁸ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE.

³⁷⁹ EDPS/2018/10 Comunicado de Prensa del Supervisor Europeo de Protección de Datos de 11 de diciembre de 2018 titulado *EDPS welcomes adoption of new data protection rules for EU institutions*. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2018-10-gdpr_for_eui_en.pdf (p. 1).

³⁸⁰ Aunque excluye a dos actores institucionales de persecución de delitos (Europol y la Fiscalía europea, pues tendrían, más adelante, su propia normativa especial en materia de protección de datos).

*interpretarse de manera homogénea, en particular porque debe entenderse que la estructura del presente Reglamento es equivalente a la del Reglamento (UE) 2016[...]*³⁸¹.

Así pues, cuando las disposiciones del RIPD se basen en el mismo concepto que las disposiciones del RGPD, ambas deberán interpretarse de manera homogénea. Desde esta perspectiva se ha redactado la norma en su conjunto. El RIPD no sólo reitera la protección de datos como derecho fundamental, sino que introduce una serie de novedades y refuerza principios y derechos para garantizar un adecuado equilibrio entre esta y la libre circulación de datos, la cual se ha convertido prácticamente en la quinta libertad fundamental³⁸² europea. El RIPD se divide en doce capítulos³⁸³ en los que se observa una serie de novedades; las más relevantes las destacamos a continuación.

Aunque más curiosa que relevante, la primera es la modificación de la definición de “responsable del tratamiento”. No es común a la normativa europea cambiar las definiciones para el mismo concepto en el mismo ámbito temático, siendo generalmente el *modus operandi*, en base al principio de autonomía del Derecho de la UE, y, por supuesto, al principio de economía legislativa, un ‘copia y pega’ de las definiciones cuando se repiten conceptos. Entendemos que, al ser una *lex specialis* en clave institucional, contempla únicamente como tal a “*la institución o el organismo o la dirección general u otra entidad organizativa de la Unión que, por sí sola o conjuntamente con otros, determine los fines y medios del tratamiento de datos personales*” (art. 3.8 RIPD).

Segundo, en línea con su enfoque basado en los principios del tratamiento, se refuerzan los principios de transparencia y responsabilidad a través de un aumento de las obligaciones de la institución correspondiente como responsable del tratamiento. Si bien los principios de protección de datos recogidos en el art. 4.1 RIPD son idénticos a los contemplados en el RGPD, la exigencia de adoptar medidas técnicas y organizativas

³⁸¹ Vid. Considerando 5 del RIPD.

³⁸² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Hacia una integración digital europea...*op.cit.*”, p. 33.

³⁸³ Disposiciones Generales (arts. 1-3); Principios Generales (arts. 4-13); Derechos del Interesado (arts. 14-25); Responsable del Tratamiento y Encargado del Tratamiento (arts. 26-45); Transferencia Datos Personales a Terceros Países y Organizaciones Internacionales (arts. 46-51); Supervisor Europeo de Protección de Datos (arts. 52-60); Cooperación y Coherencia (arts. 61-62); Recursos, Responsabilidad y Sanciones (arts. 63-69); Tratamiento de Datos Personales Operativos por los Órganos y Organismos de la Unión cuando llevan a cabo Actividades Comprendidas en el Ámbito de Aplicación de los Capítulos 4 o 5 del Título V de la Tercera Parte del TFUE (arts. 70-95); Actos de Ejecución (art. 96); Revisión (arts. 97-98); Disposiciones Finales (arts. 99-101).

apropiadas, incluidos los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto (art. 26 RIPD), con el fin de reducir al máximo el tratamiento de datos personales no es ajena al sistema europeo de protección de datos, ni lo es la exigencia de una responsabilidad proactiva mediante la cual el responsable no sólo deberá cumplir con los principios de protección de datos sino que deberá ser capaz de demostrarlo (art. 4.2 RIPD), la novedad que trae esta norma es el fortalecimiento de una cultura de rendición de cuentas, transparencia y mejor (que no solo buena) administración. Ello se ha hecho a través de obligaciones genéricas y específicas relativas a la responsabilidad del responsable del tratamiento (arts. 26 y ss. RIPD).

La responsabilidad de éste debe quedar establecida ya trate los datos personales el responsable de tratamiento por sí mismo o por su cuenta, y estará “*obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces y ha de poder demostrar la conformidad de las actividades de tratamiento con el presente Reglamento, incluida la eficacia de las medidas*”, teniendo siempre en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento³⁸⁴ e implementado plenamente los principios de protección por diseño y por defecto (art. 27 RIPD). Además, se establece la obligación de llevar un registro de actividades de tratamiento de datos personales que la institución efectúe bajo su responsabilidad, el cual deberá contener toda la información necesaria para justificar y legitimar su tratamiento y será revisado periódicamente por el SEPD (art. 31 RIPD). Por último, el RIPD obliga a realizar monitoreo y autocontroles de cumplimiento, así como, evaluaciones de impacto previas por parte del DPO (art. 89 RIPD) y consultas previas al SEPD (art. 90 RIPD) cuando el tratamiento pudiera poner en grave riesgo los derechos y libertades del interesado.

Tercero, cabe hablar de la perspectiva de riesgo en la que se inspira y se basa el RIPD, diferenciándola significativamente de su anterior versión. Así el hilo conductor de su articulado se cimienta sobre objetivos y premisas tales como *evitar, reducir y mitigar* graves *riesgos* para los interesados y sus derechos fundamentales; sobre obligaciones de *poner en conocimiento* e informar sobre los *riesgos* relativos al tratamiento, de evaluar los *riesgos* inherentes al tratamiento, o de *aumentar la seguridad* técnica cuando entrañe altos *riesgos* para los derechos de los interesados; y sobre políticas de responsabilidad proactiva que tengan en cuenta todos los aspectos del tratamiento, incluido los *riesgos de*

³⁸⁴ Vid. Considerando 45 y art. 26.1 RIPD.

*diversa probabilidad y gravedad*³⁸⁵. Cuarto y último, cabe mencionar el papel protagonista que le otorga esta norma al SEPD, no sólo como autoridad europea independiente de protección de datos encargada de velar por los derechos fundamentales de los interesados y encargada de supervisar y garantizar el correcto cumplimiento de las disposiciones que recoge esta norma por parte del aparato institucional europeo, sino también como pieza clave a la hora de interpretar, facilitar directrices y resolver consultas sobre su aplicación (arts. 52, 57, 58 y 90 RIPD) y como garante no jurisdiccional (cuestiones que trataremos con más detenimiento en el *Capítulo VI*).

Con todo lo anterior, observamos que el marco normativo europeo para la protección de los datos se debe calificar como integral (o si se prefiere, general)³⁸⁶ a la vez que híbrido. Por un lado, observamos que el RGPD, como su propio nombre indica es un régimen jurídico “general” frente al régimen sectorial³⁸⁷ (como veremos que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, siendo el caso más paradigmático el estadounidense, objeto de estudio del *Capítulo IV*). Son diversas las características y rasgos distintivos que identifican al sistema europeo de protección de datos (desde la entrada en vigor de la Directiva) como ‘general’, entre las que cabe destacar, como clasifica Lynskey, tres: la aplicación de las normas tanto a los actores públicos como privados³⁸⁸, la naturaleza sectorialmente neutra de las normas³⁸⁹ y la creación de autoridades independientes para supervisar su cumplimiento³⁹⁰. Además, tanto la antigua Directiva como el nuevo Reglamento³⁹¹, justifican su legitimidad en un doble objetivo: por un lado, facilitar el

³⁸⁵ 69 veces se repite el término “riesgo” desde todos estos enfoques a lo largo del articulado del RIPD, yendo acompañado de “derechos fundamentales” en más de la mitad de las ocasiones.

³⁸⁶ Su equivalente en inglés es de obligada referencia por su acertada selección del vocablo “*omnibus*”. Así vemos su reiterada utilización en trabajos de relevancia internacional como HOOFNAGLE, C. J., VAN DER SLOOT, B., y ZUIDERVEEN BORGESIU, F.: “The European Union general data protection regulation: what it is and what it means”, *Journal of Information & Communications Technology Law*, Vol. 28, núm. 1, 2019, p. 70, SCHWARTZ, P.M.: “Global Data Privacy: The EU Way”, *New York University Law Review*, Vol. 94, 2019, pp. 771-818; o la propia Asociación Internacional de Profesionales en Privacidad, disponible en: <https://iapp.org/resources/article/omnibus-laws/>

³⁸⁷ En este último sentido, *vid.*, por todos, NEWMAN, A.L.: *Protectors of Privacy: Regulating Personal Data in the Global Economy*, Cornell University Press, Nueva York, 2008.

³⁸⁸ LYNKEY, O.: *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 15-23

³⁸⁹ *Id.*, pp. 23-26

³⁹⁰ *Id.*, pp.26-30.

³⁹¹ En el caso del RGPD, además, se le añade que se efectúa por la vía de armonización total y un reforzamiento del control de la persona sobre los datos que le concierne. *Vid.*, como documento de *soft law* europeo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones titulada “La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI” de 25 de enero de 2012, (COM(2012) 9 final), p. 3.

intercambio de datos personales, como parte inherente del acervo de un mercado digital único, y por otro lado, proteger los derechos fundamentales, estando ambas normas

“al servicio de objetivos económicos y basados en los derechos humanos, y vinculados de manera indisociable [...] [pues operan] bajo la premisa de que la garantía de una protección elevada de los datos personales en todos los Estados Miembros de la UE supone la inhabilidad de oponerse a la libre circulación de la información personal” (traducción propia)³⁹².

Si bien se ha puesto en duda el enfoque basado en los derechos humanos de la normativa derivada original, por considerarse lo establecido en ella más bien “principios de buena gobernanza” y un enfoque basado en las “obligaciones procedimentales” de los responsables del tratamiento³⁹³, se podría argumentar que el marco regulatorio de la entonces Directiva y, sobre todo del ahora RGPD, no sólo confiere un elenco variado de derechos (de acceso, rectificación, cancelación, oposición, supresión, portabilidad, etc.), sino que también da expresión al derecho fundamental a la protección de datos³⁹⁴. Esto, Lynskey lo ha considerado suficiente para clasificarlo como un sistema de atribución de derechos (*rights-conferring*³⁹⁵) y como un sistema cuyo diseño e interpretación son consistentes con la concepción subyacente de un derecho fundamental (*rights-based*³⁹⁶); todo ello, a su vez, relacionado con la noción de privacidad informativa en la era de la informatización y transformación digital³⁹⁷. De manera similar, se ha insistido en colocar el derecho a la protección de datos tanto en el marco o “arquitectura” global de la CDFUE, como en la relación entre este derecho fundamental y los demás instrumentos normativos existentes³⁹⁸.

³⁹² LYNKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 8.

³⁹³ VAN DER SLOOT, B.: “Do data protection rules protect the individual and should they? An assessment of the proposed General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, Vol. 4, núm. 4, 2014, 307-325; así como CANNATA J.A. y MIFSUD-BONNICI J.P.: “Data protection comes of age: The data protection clauses in the European Constitutional Treaty”, *Information & Communications Technology Law Journal*, Vol. 14, núm. 1, 2005, pp. 5-15.

³⁹⁴ Como ha dejado sumamente claro el propio Tribunal de Justicia en numerosas sentencias. *Vid.*, por todas, la primera en establecer que la Directiva de protección de datos debe ser interpretada a la luz del art. 8 de la CDFUE: asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof v. Osterreichischer Rundfunk*, STJUE de 20 de mayo de 2003.

³⁹⁵ LYNKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 35.

³⁹⁶ *Id.*, p. 36

³⁹⁷ *Id.*, p. 38.

³⁹⁸ GONZÁLEZ FUSTER G., y GELLERT, R. “The fundamental right of data protection...op.cit.”, pp. 73-75.

Efectivamente, el marco regulatorio actual se plantea, y así se establece de manera explícita en el propio RGPD, en clave *iusfundamental*: por ello, el apartado segundo de su artículo 1 establece que el “*reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales*”. Si aún quedaran dudas sobre el enfoque basado en los derechos fundamentales, la construcción del nuevo marco regulatorio en esta materia eleva los principios internacionales y regionales de protección de datos a verdaderos derechos de los interesados para controlar los datos que les conciernen:

*“En un sentido habermasiano, añade cierta fuerza normativa a los derechos del interesado, en la medida en que el estatus de las personas mejora cuando se exige la efectividad de sus derechos, en lugar de enmarcarlo a través de obligaciones morales”*³⁹⁹.

2. La constitucionalización del Derecho europeo en materia de protección de datos

2.1. Análisis específico de su configuración jurídica en España

Como se ha adelantado anteriormente, el artículo 18.4 de la Constitución española ha otorgado rango constitucional a la protección de la dignidad humana y los derechos personalísimos, ante la incesante transformación tecno-digital, al establecer que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de la ciudadanía. Aunque la redacción finalmente aprobada se pudiera considerar deficiente, dada la ausencia de pautas o contenido esencial del derecho que consagra⁴⁰⁰, o insuficiente con respecto a sus versiones anteriores⁴⁰¹ o en comparación con otras experiencias nacionales, su mera existencia, para la época, debe estimarse positiva⁴⁰²,

³⁹⁹ MCDERMOTT, Y.: “Conceptualising the right to data protection in an era of Big Data”, *Big Data & Society*, Vol. enero-junio, 2017, p. 2. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951716686994>

⁴⁰⁰ PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 344-350; y GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 35.

⁴⁰¹ Resulta de especial interés el estudio de Maeztu acerca de los trabajos parlamentarios del constituyente para entender el porqué de la actual redacción de este precepto. *Vid.*, en este sentido, MAEZTU, D.: *La historia del artículo 18.4 de la Constitución*, 2015. Disponible en: <https://www.derechoynormas.com/2015/12/la-historia-del-articulo-184-de-la.html>

⁴⁰² PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho...op.cit.*, p. 338. En efecto, aunque limitada a finales de los años 70 y principios de los 80, la progresiva pérdida de control sobre información que nos concierne, y de manera más problemática, de la propia construcción de la identidad⁴⁰², y en última instancia, de la dignidad, ha hecho necesario dar respuestas adecuadas a los riesgos existentes generados

inscribiéndose, además, en la característica línea, propia del desarrollo normativo, relativa al “binomio informática-derechos”⁴⁰³. Además, la técnica legislativa utilizada para su formulación normativa, si bien se ha criticado por ser excesivamente genérica y con “poca densidad normativa”⁴⁰⁴, ha supuesto contar con una “cláusula abierta”, convirtiéndose en “una suerte de valor programático”, de la cual se ha aprovechado nuestro intérprete constitucional, no sólo para integrar elementos sin precedentes como han sido las NTIC al ordenamiento jurídico⁴⁰⁵, sino también para otorgar mayores garantías para el sistema de derechos fundamentales. Por esto mismo, el Derecho, como ciencia llamada a regular y ordenar los comportamientos sociales, no ha estado exenta de tener que reformarse y reinventarse ante las transformaciones causadas por revoluciones de diversa índole, incluida la tecnológica, reflejando ese constante desafío del Derecho de necesaria y constante adaptación a las nuevas e impensables realidades determinadas por la innovación tecnológica y la digitalización. Así, el constituyente, en su momento, tuvo que enfrentarse al fenómeno tecnológico de su época, vinculado exclusivamente a los peligros que podía entrañar el archivo y uso ilimitado de los datos en registros computarizados. Como apuntaba recientemente Rallo:

*“La meritoria —por expresa y vanguardista— referencia a la informática en el texto constitucional de 1978 constituyó un innegable aldabonazo para otorgar trascendencia constitucional a la necesaria protección del individuo frente a los riesgos que sobre él —y, particularmente, sobre el disfrute de algunos de sus derechos fundamentales— cernían los avances tecnológicos ligados a la incipiente y primaria comput[a]rización”*⁴⁰⁶.

por el imparable avance de la entonces informática, ahora convertida en un sinfín de transformaciones tecno-digitales.

⁴⁰³ SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 124; y ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en internet...op.cit.*, p. 20.

⁴⁰⁴ TRONCOSO REIGADA, A.: *La protección de datos personales. En búsqueda de un equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 70.

⁴⁰⁵ Tal y como afirmó en su STC 150/1990, de 4 de octubre (FJ 8): “cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten”. Vid. también las reflexiones sobre el cambio de paradigma de la función de la técnica normativa, ya no como el arte de redactar bien las normas jurídicas, sino la de integrarlas bien en el ordenamiento con el fin de evitar confusión y proporcionar una seguridad jurídica para aquellos obligados a cumplirlas o a aplicarlas de SAIZ MORENO, F.: “Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural”, en CORONA FERRERO, J. M., PAU VALL, F. y TUDELA ARANDA, J. (Coords) *La técnica legislativa a debate*, AELPA-Tecnos, Madrid, 1994, pp. 19-48.

⁴⁰⁶ RALLO LOMBARTE, A.: “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)”, *Revista de Derecho Político- UNED*, núm. 100, 2017, 109, p. 642.

A resultas de la capacidad del constituyente español de prever las consecuencias negativas de un uso inapropiado de la entonces primitiva informática, y su afrenta a la dignidad de la persona, consideró que, para contrapesar tales riesgos, era preciso elevar al máximo rango la tutela de los derechos fundamentales, estableciendo un mandato legislativo para limitar el uso de la informática en la medida que resultara necesario para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos⁴⁰⁷. Aunque dicho precepto no reconoce de forma expresa un derecho fundamental a la protección de datos personales, y a pesar de su remisión a reglamentación posterior (para algunos “desconstitucionalizando” su contenido⁴⁰⁸), el Tribunal Constitucional español, años más tarde, consideró reconocida la existencia de este derecho no sólo como fundamental, sino también como autónomo y diferente del derecho a la vida privada⁴⁰⁹. Asimismo, cabe señalar que, si bien pudiera parecer que dicho precepto se encuadra exclusivamente en clave negativa, al enfocarse desde la limitación o restricción de la práctica informática y no desde la atribución concreta de facultades o derechos concretos, es igualmente cierto que, por un lado, dicho precepto legitima al legislador (y, posteriormente, en clave interpretativa, al juez) para plasmar y materializar su faceta positiva⁴¹⁰, y por otro, el propio texto constitucional ya otorgaba otras vías para una protección total y efectiva.

Aunque se ha hecho especial hincapié en la conexión entre el art. 18.4 CE y el art. 105(b) CE⁴¹¹, como parte de una interpretación más amplia, una de las vías que preferimos acentuar es el establecimiento y reforzamiento de los derechos fundamentales a través de estándares universales de protección de datos ante no solo la mutada, sino también globalizada, informática; estándares que, a su vez, se encuentran no sólo en los textos normativos vinculantes, tanto a nivel europeo como internacional, en esta materia,

⁴⁰⁷ Vid., en este sentido, RALLO LOMBARTE, A.: “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos...*op. cit.*, pp. 639-669; y MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Repensando el Derecho Constitucional a la Protección de Datos ante la Mutación de la Informática”, en MARTÍN CUBAS, J. (Ed.) *Repensando la Constitución 40 años después*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 147-160.

⁴⁰⁸ PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho...op.cit.*, p. 347.

⁴⁰⁹ Vid. las SSTC 254/1993 de 20 de julio y 292/2000 de 30 de noviembre en las que abordado la protección de datos personales como un derecho fundamental autónomo de la intimidad y más amplio para evitar potenciales agresiones a la dignidad y libertad personal provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos a través de un mayor control de los datos personales, entendidos como aquellos que identifican o hacen identificable a la persona.

⁴¹⁰ Así, en la línea de Frosini, la libertad informática “*representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal; no consiste únicamente en la libertad negativa [...]sino también] la libertad de informarse, es decir, de ejercer un control autónomo sobre los datos propios, sobre la propia identidad informática*”. Vid., FROSINI, V.: *Informática y Derecho...op.cit.*, pp. 34-36.

⁴¹¹ PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho...op.cit.*, pp. 342-347; y SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 127-130.

sino también, y sobre todo, en la hermenéutica de sus órganos de interpretación y supervisión. A tal efecto, cabe recordar que la propia Constitución española contiene una cláusula general relativa al orden axiológico fundamental, asentado en la dignidad y libre desarrollo de la persona (art. 10.1 CE) y a la apertura a los estándares internacionales en lo que respecta a la protección e interpretación de los derechos humanos (art. 10.2 CE), la cual reconoce que estas se efectuarán sobre la base de aquellos instrumentos de derechos humanos concernientes a la materia ratificados por España. De esta forma, y habida cuenta de la importancia de los estándares universales de protección de los derechos fundamentales del art. 10 CE y la incorporación al derecho interno de los tratados internacionales firmados por España consagrada en el art. 96.1 CE, “*resulta de interés prioritario tomar en consideración [...] en relación con el estatuto jurídico de la informática [...] De este modo, la reglamentación legal a partir de unos standards flexibles evita la necesidad de introducir variaciones constantes en las normas y permite a los órganos encargados de su aplicación adaptar los principios a las situaciones que sucesivamente se presenten*”⁴¹².

La colocación de la dignidad humana no sólo como fundamento, valor o principio del ordenamiento constitucional, sino también como “criterio hermenéutico básico para una práctica superadora”⁴¹³ del enfrentamiento entre la informática y los derechos inherentes a la persona, debe ser el punto de partida del análisis del art 18.4 CE. Dado que la constante evolución social y, de manera especial, la evolución tecnológico-digital, requieren de un permanente esfuerzo de ajuste, reactualización y conciliación jurídica, el auxilio interpretativo e integrador de los tratados y convenios internacionales y europeos vinculantes en lo que concierne a la regulación de la informática podría, y debería, permitir, de manera suficiente, garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales afectados por ella. En tal línea, ateniéndonos a los postulados y cláusulas de nuestra Carta Magna relativos al respeto de la dignidad de la persona y la apertura a los estándares universales en clave *iusfundamental*, en lo que al art. 18.4 CE se refiere, conviene traer a colación las negociaciones de más de cuatro años, la firma y posterior ratificación de España del supracitado Convenio 108⁴¹⁴. Precisamente por todo ello, a pesar de que el artículo 18.4 CE tardó más de una década en desarrollarse por una ley

⁴¹² PÉREZ LUÑO, A.E.: “Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24 (noviembre-diciembre), 1981, pp. 48-49.

⁴¹³ PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho...op.cit.*, p. 350.

⁴¹⁴ Cuyas negociaciones empezaron por el año 1977 y que España firmó el 28 de enero de 1982 y ratificó el 27 de enero de 1984. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>

orgánica, este retraso no afectó al contenido esencial del mismo⁴¹⁵, en tanto en cuanto el Convenio 108 y la interpretación efectuada por el TEDH sobre los derechos en juego, directa o indirectamente reconocidos por su CEDH, ambos parte de nuestro ordenamiento interno a tenor de lo dispuesto en los artículos 96 y 10 de nuestro texto constitucional, fueron influencias decisivas en la configuración de esa limitación sobre la informática⁴¹⁶.

Con respecto al desarrollo tardío del precepto constitucional que consagra la garantía de los derechos frente al uso de la informática, este se materializó en sendas leyes, entre las que cabe destacar la primera ley española sobre la materia, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (“LORTAD”, en adelante)⁴¹⁷, así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (“LOPD”, en adelante)⁴¹⁸, y su reglamento de desarrollo⁴¹⁹, así como sus sucesivas reformas; notablemente la del 2011 y el cambio sistemático más importante hasta la fecha con la reforma del 2018, por la que se adoptó la actualmente vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”, en adelante). Evidentemente, estas reformas se debieron, por un lado, a las exigencias de la integración europea y, por otro lado, a la necesidad perceptible de actualizar los sistemas de protección de los derechos para dar mejor respuesta a los avances tecnológicos, nuevos

⁴¹⁵ Así lo explican GUICHOT, E.: *Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Civitas-Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2005, pp. 48-51; y VALERO TORRIJOS, J.: “Las quiebras en Internet de la regulación legal del derecho a la protección de los datos de carácter personal: la innecesaria superación de un modelo desfasado”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.) *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 26-27.

⁴¹⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L.: *El derecho a la autodeterminación informativa...op.cit.*, p. 21: “ser sirvió del contenido del Convenio y de las pautas del proyecto de Directiva europea, entonces en gestación”. Esto es especialmente cierto, si observamos las SSTC 254/1993, de 20 de julio (sobre el acceso de información personal existente en ficheros automatizados estatales) y 202/1999, de 8 de noviembre (sobre la vulneración del derecho a la intimidad mediante el almacenamiento en soporte informático de datos personales sensibles sin mediar consentimiento expreso del interesado).

⁴¹⁷ Para un análisis detallado de la época, *vid.*, HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*, Tecnos, Madrid, 1996.

⁴¹⁸ Para un análisis detallado de la misma *vid.*, por todos, a CARRASCOSA LÓPEZ, V.: “L.O.R.T.A.D: una necesidad en el panorama legislativo español”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 6-7, 1994, pp. 11-82; DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de protección de datos: la nueva LORTAD*, Díaz de Santos, Madrid, 2000; y GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999...op.cit., pp. 299-321.

⁴¹⁹ A saber, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que entró en vigor en el 2008. Para un análisis exhaustivo del mismo, *vid.* ZABÍA DE LA MATA, J. (Coord): *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Ed. Lex-Nova, Valladolid, 2008.

modelos de negocio y retos multidisciplinares ligados al contexto de la globalización económica e informativa⁴²⁰.

El régimen jurídico originario español en materia de protección de datos, nutrido por las normas y jurisprudencia europea vigente en su momento, y retroalimentado por experiencias nacionales, pretendía garantizar los derechos afectados por la informática (también llamada por la doctrina ‘intimidad informativa’⁴²¹, ‘autodeterminación informativa’⁴²² o, siguiendo las líneas de Frosini, y de lo que luego diría nuestro intérprete constitucional, ‘libertad informática’⁴²³) a través del establecimiento de unos principios para el tratamiento de los datos personales y un elenco de derechos para salvaguardar un nuevo derecho fundamental de contenido propio y distinto del derecho a la intimidad y del respeto a la vida privada y familiar. Si recordamos, la propia LORTAD ya se hacía eco de esta distinción en su *Exposición de Motivos*, considerando que esta nueva libertad (que llamó, inspirada en la regulación estadounidense, “privacidad”) iba mucho más allá de la intimidad⁴²⁴.

⁴²⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Repensando el Derecho Constitucional a la Protección de Datos...*op. cit.*”, pp. 149-150.

⁴²¹ *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: “El contenido esencial del derecho a la intimidad informática”, *Revista de Ciencias de la Información*, núm. 9, 1994, pp. 183-202; RUIZ DE MIGUEL, C.: “El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español”, *Revista general de derecho*, núm. 607, 1995, pp. 3207-3233; GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T.: “Nuevas estrategias de desvirtualización del derecho a la intimidad informática: la quiebra postmoderna del estado de panoptismo”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 2004, pp. 313-368.

⁴²² *Vid.* su primera referencia europea en la célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983, y sus primeras referencias en España con el trabajo de DENNINGER, E.: “El derecho a la autodeterminación informativa” en PÉREZ LUÑO, A.E. (Coord.): *Problemas Actuales de documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 268-276; y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 115 y ss.

⁴²³ *Vid.*, por ejemplo, FROSINI, V.: *Informática y Derecho...op.cit.*; LOSANO, M.G., PÉREZ LUÑO, A.E., GUERRERO MATEUS, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989; PÉREZ LUÑO, A.E.: “La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada”, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 22, 2000, pp. 59-68; y ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra constitución”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2001, pp. 1724-1731.

⁴²⁴ La *Exposición de Motivos* reza lo siguiente: “*El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo*”.

La normativa aplicable actualmente vigente en España se manifiesta en la supracitada LOPDGDD, como norma de desarrollo del art. 18.4 CE, que no sólo consagra nuevas garantías frente a los riesgos de la ‘revolucionada’ informática⁴²⁵, o si se prefiere, de los “tsunamis tecnológicos”⁴²⁶, nutriéndose de la hermenéutica constitucional derivada del mandato constitucional establecido en el art.18.4 CE⁴²⁷ y de su desarrollo por parte de la integración europea⁴²⁸, sino que re-bautiza la ‘libertad informática’ de antaño como “derecho fundamental a la protección de datos”. La LOPDGDD, que entró en vigor el pasado 6 de diciembre de 2018, se estructura en 97 artículos sustantivos, estructurados en 10 títulos, 22 disposiciones adicionales, una disposición derogatoria única (derogando la anterior normativa de protección de datos), 6 transitorias y 16 finales, todo ello con el objeto de actualizar la normativa española a los avances socio-económico-digitales, ofrecer mayor seguridad jurídica, así como dotar de mayor efectividad y perfeccionar el régimen europeo en materia de protección de datos⁴²⁹; y así indica tanto su preámbulo

⁴²⁵ Así lo ha expuesto elocuentemente Rallo Lombarte, catalogando a la nueva LOPDGDD como “*ejemplo palmario de la transformación provocada por la tecnología en la sociedad contemporánea*”. Así, considera que “*si el derecho a la protección de datos personales sirvió durante las últimas décadas para preservar los derechos individuales frente a buena parte de los efectos generados por las tecnologías de la información y del conocimiento, la sociedad digital en la que nos hallamos completamente inmersos demanda un haz de derechos que se extienda a la práctica totalidad de los ámbitos en que el individuo se desarrolla en sociedad. Los nuevos derechos digitales son, en buena medida, el corolario de una evolución en la que el derecho a la protección de datos ha servido como auténtica punta de lanza frente a la realidad digital*”. Vid. RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía de Nuevos Derechos Digitales” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 133.

⁴²⁶ RALLO LOMBARTE, A.: “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales...*op.cit.*, p. 660.

⁴²⁷ RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...*op. cit.*, p. 134.

⁴²⁸ Sirviendo de base principal el recientemente adoptado y supracitado RGPD, así como, según García Mahamut, de elemento definidor del contenido esencial del mandato constitucional. Vid., así, GARCÍA MAHAMUT, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. extra 31 (Ejemplar dedicado a: 40 aniversario de la Constitució Espanyola), 2018, pp. 59-80; y, más recientemente, en GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018...*op. cit.*, p. 115.

⁴²⁹ Aunque, recordemos que precisamente el RGPD, al contrario que la directiva, como norma europea derivada de ámbito general y efecto directo total, no requeriría de transposición, ni por tanto, de una medida nacional para su mera aplicación. No obstante esto, España optó, dada la tardanza en la elaboración y adopción de la LOPDGDD, por aprobar el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos con el fin de cubrir jurídicamente las garantías y reglas imprescindibles establecidos en el RGPD que requerían de inmediata incorporación en nuestro derecho interno. Ello explica por qué la vigencia de este real decreto ley tuviera un periodo de vigencia transitorio hasta la aprobación definitiva de la LOPDGDD, de acuerdo con su disposición final única. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-107511>

como, sobre todo, su artículo primero⁴³⁰. Como se ha señalado reiteradamente por Rallo, esta actualización normativa en clave *iusfundamental* e *iuscibernética* responde, de manera ambiciosa y trascendental a las transformaciones de diversa índole de la sociedad actual y sitúa a España como país a la vanguardia de la protección de los derechos digitales de los ciudadanos⁴³¹.

Como botón de muestra, y sirviendo como análisis resumido de la norma, conviene referenciar el contenido y las principales novedades de cada título. De tal modo, encontramos en el *Título I*, el artículo 3 que regula los datos personales de las personas fallecidas, estableciendo que las personas vinculadas al fallecido, sea por razones familiares, de hecho, o por ser herederas, podrán solicitar el acceso, rectificación o supresión de dichos datos, cuando así se lo haya instruido la persona antes de fallecer. En el *Título II* se establecen los principios de protección de datos incluyendo, como en otras ocasiones y en aras a cumplir la normativa internacional y europea en la materia, los principios de exactitud, confidencialidad, tratamiento basado en el consentimiento, basado en una obligación legal, un interés público o en el ejercicio legítimo de los poderes públicos, así como salvaguardias especiales en el caso de menores, los llamados datos sensibles y los de naturaleza penal. Con respecto a los menores, como colectivo vulnerable, cabe resaltar que, si bien se ha mantenido la previsión hasta ahora contenida en la normativa española con respecto a la edad para prestar el consentimiento (14 años), en los supuestos de excepción, se ha ampliado la asistencia en esta materia de los ‘padres’ a “los titulares de la patria potestad o tutela” (art. 7.1 *in fine*), evitándose así problemas relativos a los supuestos familiares típicos⁴³². Del mismo modo, y adelantándonos, cabe destacar que, en lo que a la información proporcionada por el propio menor se refiere, los

⁴³⁰ Referenciando no sólo la adaptación del RGPD en el ordenamiento jurídico español, sino también la necesidad de “*garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución*”.

⁴³¹ RALLO LOMBARTE, A.: “España en la vanguardia de la protección de datos...*op. cit.*; y, más recientemente, RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...*op. cit.*, p. 138. De modo similar, se ha dicho constituir “*un paso sin precedentes no solo en lo que afecta al contenido esencial del art. 18.4 de la CE sino de forma transversal al ejercicio y garantías de otros derechos fundamentales o no en nuestro ordenamiento interno*”. Vid. GARCÍA MAHAMUT, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor...*op. cit.*, p. 79.

⁴³² Como es el caso, por ejemplo, de padres divorciados, según LÓPEZ CALVO, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Ed. Jurídica Sepín, Madrid, 2017, p. 184; y ARENAS RAMIRO, M.: “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos europeo en el tratamiento de los datos personales de los menores de edad”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 252.

responsables y encargados del tratamiento han visto aumentadas sus obligaciones proactivas y medidas de seguridad en los casos de tratamiento de datos de menores, como grupo afectado de “especial vulnerabilidad”, obligándoles la LOPDGDD a realizar evaluaciones de impacto y análisis de riesgos, no sólo en cuanto a la determinación y verificación de la edad del menor en temas de consentimiento⁴³³, sino también estableciendo obligaciones específicas en aquellos ámbitos en los que, por su propia naturaleza, se prevé que se traten datos de menores⁴³⁴. Finalmente, como última novedad pro-privacidad de los menores, cabe hacer referencia a la regulación del derecho emergente a la educación digital⁴³⁵, reconocido en el art. 83 LOPDGDD, como el derecho a una plena inserción digna en la sociedad digital y al aprendizaje responsable del uso de los medios digitales, con la subsiguiente obligación de las instituciones educativas a enseñar y formar en competencias digitales y sobre el uso adecuado de las NTIC, y de los poderes públicos a promover campañas de concienciación y prevención de delitos informáticos contra menores.

El *Título III*, dedicado precisa y expresamente a la consagración de derechos digitales concretos, aclara el derecho a la información y al principio de transparencia como bases jurídicas del desarrollo de los derechos que se explicitan⁴³⁶, refuerza algunos de los tradicionales derechos “ARCO”, adaptándolos a la normativa europea a través de una remisión directa (este es el caso de los derechos de acceso⁴³⁷, rectificación⁴³⁸ y oposición⁴³⁹), y reconoce nuevos derechos como el derecho de supresión⁴⁴⁰, el derecho a la limitación del tratamiento⁴⁴¹ y el derecho a la portabilidad⁴⁴² de los datos personales. Amén de la estructura aprobada, conviene aquí también traer a colación el *Título X*, en tanto en cuanto en él se reconocen otra serie de derechos digitales como “garantías” para el disfrute y ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos de la ciudadanía,

⁴³³ *Vid.* art. 28.1(e) LOPDGDD.

⁴³⁴ Como es el caso de los centros educativos o las federaciones deportivas, por ejemplo. *Vid.*, art. 34.1 LOPDGDD.

⁴³⁵ *Vid.*, RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...*op. cit.*”, pp. 141-142.

⁴³⁶ Concretamente, la norma reconoce el derecho de los interesados a ser informados acerca del tratamiento que de sus datos se hace y recoge la conocida como “información por capas”, facilitando al interesado afectado aquella información básica que le concierne.

⁴³⁷ *Vid.*, art. 13 LOPDGDD remitiéndose al art. 15 del RGPD.

⁴³⁸ *Vid.*, art. 14 LOPDGDD remitiéndose al art. 16 del RGPD.

⁴³⁹ *Vid.*, art. 18 LOPDGDD remitiéndose al art. 21 del RGPD.

⁴⁴⁰ *Vid.*, art. 15 LOPDGDD remitiéndose al art. 17 del RGPD.

⁴⁴¹ *Vid.*, art. 16 LOPDGDD remitiéndose al art. 18 del RGPD.

⁴⁴² *Vid.*, art. 17 LOPDGDD remitiéndose al art. 20 del RGPD.

entre los que cabe destacar la mención expresa a la neutralidad de la Red⁴⁴³, al derecho al olvido en la Red⁴⁴⁴, al testamento digital⁴⁴⁵ y a la desconexión digital en el ámbito laboral⁴⁴⁶, como los más novedosos.

El *Título IV*, relativo a las disposiciones aplicables a tratamientos concretos, incorpora una serie de supuestos constitutivos de un tratamiento lícito de datos de carácter personal en diversos ámbitos de actuación, tanto privados como públicos⁴⁴⁷, coincidiendo todos ellos con los requisitos de licitud del tratamiento y excepciones al mismo con respecto al cumplimiento de objetivos de interés público establecidos en el RGPD. El *Título V*, relativo a los responsables y encargados del tratamiento, ampliando sus obligaciones generales (art. 28 LOPDGDD)⁴⁴⁸ y añadiendo la figura del delegado de protección de datos (arts. 34-37 LOPDGDD). El *Título VI* versa sobre el régimen de transferencias internacionales de datos, y, por ende, también sobre las especialidades relacionadas con los procedimientos de aprobación de cláusulas contractuales o normas corporativas vinculantes, supuestos de autorización de determinadas transferencias o informaciones previas; todo ello siguiendo los supuestos establecidos en el RGPD con el fin de eliminar las disparidades en los niveles de protección y mejorar las relaciones comerciales entre la UE y Estados terceros. Las grandes novedades en esta materia han sido el régimen de autorizaciones, la ampliación de los instrumentos en los que incluir y aportar garantías

⁴⁴³ *Vid.*, art. 80 LOPDGDD.

⁴⁴⁴ En el contexto de búsquedas en Internet y en la utilización de servicios de redes sociales y servicios equivalentes. *Vid.*, arts. 93 y 94 LOPDGDD.

⁴⁴⁵ *Vid.*, art. 99 LOPDGDD.

⁴⁴⁶ *Vid.*, art. 88 LOPDGDD.

⁴⁴⁷ Estos incluyen el tratamiento de datos de contacto, de empresarios individuales y de profesionales liberales (art. 19 LOPDGDD), de sistemas de información crediticia (art. 20 LOPDGDD), relacionado con la realización de determinadas operaciones mercantiles (art. 21 LOPDGDD), con fines de video vigilancia (art. 22 LOPDGDD), de sistemas de exclusión publicitaria (art. 23 LOPDGDD), de sistemas de información de denuncias internas (art. 24 LOPDGDD), en el ámbito de la función estadística pública (art. 25 LOPDGDD), con fines de archivo en interés público por parte de las Administraciones Públicas (art. 26 LOPDGDD), y aquellos relativos a infracciones y sanciones administrativas (art. 27 LOPDGDD).

⁴⁴⁸ Así, la norma expone que ambos “*determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable*” y especifica los riesgos más significativos merecedores de este tipo de medidas como aquellos generadores de “situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados” o cuando el tratamiento pudiera privar a los afectados de sus derechos y libertades o pudiera impedirles el ejercicio del control sobre sus datos personales, cuando implique evoluciones de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales, cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad, cuando sea un tratamiento masivo de usuarios y de datos personales, cuando se trate de transferencias habituales de datos, entre otros.

adecuadas para los interesados afectados en la transferencia de sus datos y la incorporación de códigos de conducta, mecanismos de certificación y el sistema de notificación previa a las transferencias internacionales de datos⁴⁴⁹. El *Título VII* está dedicado a la regulación de las autoridades independiente de protección de datos (arts. 44-62), concretamente, a nivel nacional, la Agencia Española de Protección de Datos figura como autoridad administrativa oficial independiente y competente en esta materia. El *Título VIII* regula el régimen y los procedimientos aplicables en el caso de vulneración de la normativa de protección de datos, configurándose como un sistema cuasi de ventanilla única y estableciéndose procedimientos de cooperación entre autoridades. El *Título IX* contempla el régimen sancionador con tres tipos de infracciones tipificadas en función de la gravedad de las mismas (arts. 70-78).

Si bien se puede calificar esta norma de novedosa y vanguardista, no puede obviarse que la técnica adoptada por el legislador español⁴⁵⁰, a saber, de adaptación y complementación con el objeto de cumplir con el RGPD y valerse del margen de apreciación conferido a los Estados miembros, adolece de un excesivo uso de la remisión normativa a dicho acto derivado europeo. Ello no ha traído otra consecuencia que la confusión y la inseguridad, pues la remisión excesiva resulta contraproducente para una adaptación suficiente y comprensión clara del RGPD, calificándolo García Mahamut de “disfuncional”⁴⁵¹. Ahora bien, no puede haber ninguna duda sobre el reconocimiento expreso y reforzamiento de derechos y garantías para los ciudadanos en el control de los datos personales que les conciernen, ampliando los mecanismos de salvaguardia, tanto a

⁴⁴⁹ Como bien se resume “*Así las cosas, la LOPDGDD (en consonancia con el RGPD) pretende mejorar los actuales mecanismos de transferencia internacional de datos a terceros estados incluyendo decisiones de adecuación (es decir, decisiones que certifiquen la adecuación de las normas de protección de datos de terceros estados), amén de las garantías apropiadas (como cláusulas contractuales tipo o normas corporativas vinculantes) para garantizar un alto nivel de protección en las operaciones internacionales de tratamiento de datos y de facilitar el flujo transfronterizo de los mismos*”. Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y de la LOPDGDD en el régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos de carácter personal” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 417.

⁴⁵⁰ Por citar los primeros trabajos relevantes al respecto, vid. CALSAMÍOLIA, A.: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986; PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987; GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986; MONTORO, M.J.: *Adecuación al ordenamiento y facticidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; y CORONA FERRERO, J.M., TUDELA, J. y PAU I VALL, F. (Coords.): *La técnica legislativa a debate*, AELPA-Tecnos, Madrid, 1994. Y para un buen resumen vid. SALVADOR CODERCH, P.: “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, *InDret*, Vol. 2, núm. 208, 2004, pp. 1-28.

⁴⁵¹ GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018...op. cit., p. 111.

priori como *a posteriori* de su tratamiento, a través de un abanico variado de instrumentos, procedimientos, autorizaciones, certificaciones y demás obligaciones, repercutiendo positivamente en la ciudadanía, sobre todo la más vulnerable. Así, se ha logrado que el derecho fundamental a la protección de datos, a través de garantías de diversa índole, sea ostensible y tangible, exigible ante los operadores públicos y privados, y en última instancia, ante la justicia: como bien apuntaba Lucas Murillo de la Cueva, a día de hoy, hay “más derecho y más protección”⁴⁵². Lejos de ser una adaptación y complementación perfecta, sigue siendo la plasmación jurídica de la necesaria e inherente *constitucionalización* del Derecho de la UE en materia de protección de datos⁴⁵³ y del perfeccionamiento del sistema a través de un enfoque jurídico basado en los derechos.

Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional español ha realizado una aportación principal en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. A continuación, se examinará los avances jurisprudenciales en la materia.

2.2. Praxis consolidada y evolutiva en España: la interpretación judicial, en clave *iusfundamental*, de la autodeterminación informativa

Supliendo la falta de aclaración del texto constitucional y su desarrollo normativo del que se hacía alusión en el *apartado 2.1. y 2.2.1*, nuestro máximo intérprete ha llevado a cabo una labor sistemática de las disposiciones constitucionales a fin de “colmar el déficit normativo”⁴⁵⁴ y perfeccionar su contenido⁴⁵⁵; o mejor, acometió una labor de adaptación e integración por vía interpretativa⁴⁵⁶ con el fin de perfilar y perfeccionar el contenido y alcance del artículo 18.4 CE. Ahora bien, cabe precisar que la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la protección de los datos personales clásicamente se ha dividido en decisiones previas o posteriores a la adopción de la normativa de desarrollo,

⁴⁵² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “Protección de datos: balance y futuro”, *Conferencia en el VII Congreso Nacional de Privacidad de la APEP*, celebrado en Valencia los días 3 y 4 de junio de 2019.

⁴⁵³ Para García Mahamut, el Derecho de la UE en esta materia, en aras a alcanzar mayor sinergia y coherencia, ha sido elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 CE. *Vid.* GARCÍA MAHAMUT, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor...*op.cit.*”

⁴⁵⁴ ADINOLFI, G.: “Autodeterminación informativa. Consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 17 (julio-diciembre), 2007, p. 14.

⁴⁵⁵ PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho...op.cit.*, p. 350.

⁴⁵⁶ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L.: “Artículo 18.4”, en MONTESINOS PADILLA, C. (Coord.), PÉREZ TREMP, P. y SÁIZ ARNAIZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Vol. 1, núm. 1, 2018, p. 435.

o, en todo caso, en aquellas decisiones recaídas en procesos de control de constitucionalidad frente a aquellas recaídas en procesos de amparo⁴⁵⁷. Con el objeto de mostrar el paulatino desarrollo jurisprudencial, procederemos a realizar un análisis cronológico.

El Tribunal Constitucional, inspirado por el constitucionalismo alemán, se pronunció por primera vez sobre este derecho en su sentencia 254/1993 de 20 de julio, que versaba sobre el conocimiento de datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado, consagrando de manera inequívoca, este derecho fundamental como “*nueva garantía constitucional*” y como “*instituto*” frente a posibles “*agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama <informática>*”⁴⁵⁸. En este momento se inició el proceso de construcción de este derecho y su contenido esencial al reconocer y ampararles a los ciudadanos el derecho a conocer los datos personales que les conciernen y que se hallan registrados en archivos computarizados. Así, el TC precisó, no sólo que el derecho a la intimidad no agota su contenido en facultades de exclusión, sino que más bien:

*“adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada ‘libertad informática’ es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático”*⁴⁵⁹.

Como ha apuntado el análisis doctrinal de dicho hito jurisprudencial, el TC, en esta primera sentencia, no clarifica verdaderamente si existe o no un derecho fundamental nuevo y autónomo o si el texto constitucional protege el derecho a la intimidad en el

⁴⁵⁷ Sobre ambas, *vid.* CASAS BAAMONDE, M.E.: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *20 años de protección de datos en España*, AEPD, Madrid, 2015, pp. 91-126.

⁴⁵⁸ STC 253/1993, de 20 de julio (FJ 6). Además, estableció una vinculación directa de este derecho para los poderes públicos sin necesidad de desarrollo normativo. *Vid.*, en este sentido, la sinopsis del art. 18.4 CE disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

⁴⁵⁹ *Id.* FJ 7.

ámbito informático, al aludir a ella como bien jurídico protegido⁴⁶⁰ y, a la vez, considerar una nueva garantía bautizada como ‘libertad informática’⁴⁶¹.

De similar manera, aunque no llegó a concederse el amparo, el TC determinó, en su sentencia de 143/1994, de 9 de mayo, que versaba sobre el tratamiento de datos personales contenidos en el NIF y tarjetas acreditativas, que el ámbito de actuación del derecho a la intimidad debe ser ampliado, incrementando *“las facultades de conocimiento y control que se otorgue al ciudadano, para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho”*⁴⁶². De igual manera, y más concretamente en lo que a conciliación entre derechos se refiere, el TC se pronunció en la sentencia 11/1998, de 13 de enero, sobre la relación entre la protección de datos y la libertad sindical, que el primero:

*“no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que, además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona [...]pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos”*⁴⁶³.

En esta línea y sobre cuestiones parecidas, también se pronunció aludiendo al art. 18.4 CE como *“principio cardinal de la protección de datos”*, y a través de la conexión explícita entre la información personal y su tratamiento, presentó el principio de limitación del tratamiento, prohibiendo *“tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida”*⁴⁶⁴. Curiosamente, en la jurisprudencia constitucional inicial y anterior a la adopción de la normativa de desarrollo del art. 18.4 CE, observamos diferentes consideraciones y entendimiento sobre la independencia o conexión entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad. Por ejemplo, en la sentencia 202/1999, de 8 de noviembre, que versaba sobre información

⁴⁶⁰ Villaverde también veía el contenido del art. 18.4 CE (el llamado derecho a la autodeterminación informativa o lo que luego sería el derecho a la protección de datos) reducido al contenido esencial del derecho a la intimidad. Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, p. 188: “[El Tribunal Constitucional] concibe el art. 18.4 CE como la sede de un derecho fundamental de configuración legal, lo que él llama la libertad informática, para acabar argumentando que esa libertad forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE”.

⁴⁶¹ CONDE ORTÍZ, C.: *La Protección de Datos Personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Dykinson, Madrid, 2006.

⁴⁶² STC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 7).

⁴⁶³ STC 11/1998, de 13 de enero (FJ 5).

⁴⁶⁴ STC 94/1998, de 4 de mayo (FJ 4).

personal de la salud en el ámbito laboral, el TC insiste que el derecho de protección de datos es una “garantía de la intimidad”, o más bien como su faceta positiva, “*que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada libertad informática*”, incluyendo el derecho a oponerse al tratamiento de determinados datos personales sensibles para fines distintos a los que inicialmente justificaron su obtención⁴⁶⁵.

Tras la adopción de la LORTAD y la LOPD⁴⁶⁶, el TC delimitó con mayor precisión los perfiles del derecho en cuestión en sus célebres sentencias 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, definiéndolo como un derecho fundamental autónomo que otorga un poder o facultad de disposición y de control sobre los datos de carácter personal⁴⁶⁷, reconociéndolo bajo el paraguas de la libertad informática, también conocida como ‘autodeterminación informativa’⁴⁶⁸. Así, a pesar de existir pronunciamientos anteriores, estas dos sentencias fueron “paradigmáticas”⁴⁶⁹, pues supusieron “*de forma definitiva el reconocimiento de este derecho como derecho autónomo, distinguiéndolo del derecho a la intimidad*”⁴⁷⁰, y, por tanto, se han convertido en hitos “de envergadura constitucional”⁴⁷¹. Es notable recordar que ello resultó a la par que se consagraba en la CDFUE, y tras la jurisprudencia originaria por parte del TEDH⁴⁷², también como un

⁴⁶⁵ STC 202/1999, de 8 de noviembre (FJ 2).

⁴⁶⁶ Ambas constituyeron los primeros eslabones del fenómeno de *constitucionalización* del Derecho europeo en España, vista la necesaria transposición de la supracitada Directiva de Protección de Datos en el ordenamiento jurídico español.

⁴⁶⁷ STC 292/2000 de 30 de noviembre (FFJJ 4 y 7).

⁴⁶⁸ Resultan de obligada referencia la nominación de estos conceptos por parte de Lucas Murillo de la Cueva, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “La Construcción del Derecho a la Autodeterminación Informativa”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 104 (abril-junio), 1999, pp. 35-60; y, más adelante en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L.: *El derecho a la autodeterminación informativa...op.cit.* pp. 17 y ss.; así como el análisis pionero de estas sentencias por parte de ALGUACIL GONZÁLEZ AURIOLES, J.: “La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales (SSTC 290 y 292/2000)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 365-385 y VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.: “Protección de Datos Personales...op. cit., pp.187-224.

⁴⁶⁹ ALGUACIL GONZÁLEZ AURIOLES, J.: “La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 365-385.

⁴⁷⁰ CONDE ORTÍZ, C.: *La Protección de Datos Personales...op.cit.,*. Quizás por ello para algunos autores, como Cobacho López, dichas sentencias han despejado toda duda, “en sentido positivo”, con respecto a la consideración del derecho reconocido en el art. 18.4 CE como derecho fundamental autónomo, distinto de los genéricos derechos personalísimos del art. 18.1 CE. *Vid.*, COBACHO LÓPEZ, A.: “Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital”, *Revista de Derecho Político*, núm. 104 (enero-abril), 2019, p. 204. Para otros, estas sentencias simplemente establecieron más claramente el concepto, el contenido esencial de dicho derecho y sus diferencias con el derecho a la intimidad. *Vid.*, en este sentido, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 95.

⁴⁷¹ GARCÍA MAHAMUT, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor...op.cit., p. 64.

⁴⁷² Así nos dirige LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L.: *El derecho a la autodeterminación informativa...op.cit.,* pp. 13-14.

derecho fundamental y autónomo a la protección de los datos personales, distinto del derecho a la intimidad. El TC, además, aclaró que la autodeterminación informativa, como derecho, se extendería incluso a los datos personales aunque sean accesibles al público⁴⁷³, pues nada escapa “[a]l poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”⁴⁷⁴. Conviene destacar que, según el TC, 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”*⁴⁷⁵.

La proclamación, por parte del TC, de la existencia de un derecho fundamental consagrado implícitamente en un precepto constitucional puede resultar atípica, pero, como hemos observado, indudablemente respondió a un proceso de evolución de los derechos, en clave *iusfundamental*, a la luz también de su desarrollo europeo. En efecto, y parafraseando a Rodríguez Álvarez, la hermenéutica del TC refleja la evidente manifestación del proceso de diálogo judicial y de convergencia propia con el *ius commune* europeo, al sincronizar el derecho constitucional español con el proceso de evolución e integración europeo⁴⁷⁶; sincronización que sigue confeccionándose en virtud de la *constitucionalización* del Derecho europeo, modernizado y en constante actualización en esta materia. Por ello, se ha considerado la propia normativa y jurisprudencia europea como “elemento definidor del contenido esencial del art. 18.4 CE”⁴⁷⁷, y encontramos más de 50 decisiones judiciales de nuestro máximo intérprete, resolviendo recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad sobre este derecho fundamental y su correspondiente desarrollo normativo, todo ello a la luz de los estándares europeos y la influencia del TJUE y del TEDH en esta materia; el análisis de estas se irá desglosando en los apartados siguientes.

⁴⁷³ STC 290/2000 de 30 de noviembre (FJ 7) y STC 292/2000 de 30 de noviembre (FJ 6).

⁴⁷⁴ STC 292/2000 de 30 de noviembre (FFJJ 3 y 6). Además, se aludió al objetivo compartido (protección de la vida privada en su faceta más amplia) pero la función diferenciada entre este derecho y el derecho a la intimidad, precisamente porque esta última se ceñía a la protección de un ámbito propio y reservado.

⁴⁷⁵ *Id.* FJ 6.

⁴⁷⁶ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L.: “Artículo 18.4...op.cit., pp. 437-438.

⁴⁷⁷ GARCÍA MAHAMUT, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor...op.cit.,

3. Definiciones y delimitaciones jurídicas del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y su vinculación con el derecho al olvido digital

3.1. Una aproximación conceptual al derecho a la protección de datos

Partiendo de la premisa examinada en los primeros capítulos de esta tesis, relativos a los retos en clave *iuscibernética* e *iusfundamental*, no es de extrañar que la innovación tecnológica haya generado semejantes preocupaciones sobre el impacto de dichos progresos en el aumento de riesgos potenciales sobre la dignidad de la persona en la era digital. Así pues, la era actual ha traído consigo la necesidad de crear un derecho a la protección de datos para solventar los nuevos retos para la protección de la información personal⁴⁷⁸. El ahora llamado ‘derecho a la protección de datos’ nació en Alemania bajo el nombre de autodeterminación informativa, pudiendo definirse, a grandes rasgos, como la libertad de la persona de decidir sobre el uso de la información personal que le concierne (conocido asimismo como *habeas data*). De hecho, y como elocuentemente apunta Herrán Ortiz, un enfoque literal de la expresión elegida (‘autodeterminación informativa’) facilita la definición de este derecho: “*la facultad para **determinar por sí mismo** la línea de actuación en relación con la **información** relativa a su persona*” (énfasis nuestro)⁴⁷⁹. Como se ha podido observar a la luz de la evolución jurisprudencial de nuestro máximo intérprete, las expresiones ‘libertad informática’ y ‘autodeterminación informativa’ han devenido equivalentes⁴⁸⁰, naciendo paralelamente para dar cabida a los

⁴⁷⁸ Ya nos lo indicaba Piñar Mañas: “*el elemento determinante de la necesidad o interés esencial sobre el que se construye [el derecho a la protección de datos de carácter personal] es el progreso tecnológico, principalmente derivado de los avances que resultan de la combinación de las virtualidades de la informática y de las telecomunicaciones. [Estos avances tendentes] a la captación, relación, almacenamiento y comunicación de datos personales crean un escenario en el que es posible que terceros, públicos o privados, reúnan tal caudal de información sobre las personas, cualquier clase de personas, que, prácticamente, no queden aspectos de su vida al margen del conocimiento ajeno, a veces inmediato [...] En este contexto, las barreras de protección que podían brindar el tiempo y el espacio o el mismo volumen de datos disponible ya no son operativas porque es posible recuperar en tiempo real, desde cualquier lugar con acceso a redes de telecomunicaciones [...] sin que sea obstáculo la dimensión que tengan. Además, a partir de los datos obtenidos cabe extraer, relacionando unos con otros, ulteriores perfiles personales utilizables para los más diversos fines, lícitos o ilícitos, tanto por los poderes público como por agentes privados*”. Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa...op.cit.*, pp. 15-16.

⁴⁷⁹ HERRÁN ORTIZ, A.I.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2002, p.11. Con igual preferencia se ha pronunciado Lucas Murillo de la Cueva: “Personalmente, he preferido hablar de autodeterminación informativa porque, si bien se trata de una fórmula poco estética, es, sin embargo, más precisa pues apunta al núcleo del derecho, a su aspecto sustantivo, mientras que la protección de los datos personales es su manifestación instrumental y, por eso, tiene un carácter técnico que le priva de capacidad significativa”. Vid., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, *Azpilcueta*, núm. 20, 2008, p. 44.

⁴⁸⁰ Vid. por todas, la STC 292/2000 de 30 de noviembre (FJ 7): “*ese derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática, o, si se quiere, a la libertad informática según la STC*

peligros de la incesante innovación tecnológica y a la mutada informática. Resultan de especial interés las aclaraciones previas que realiza Lucas Murillo de la Cueva al considerar estas dos denominaciones, concretando que una obedece al término acuñado por el Tribunal Constitucional alemán (reconduciéndose a la facultad positiva del derecho de decidir libremente sobre el uso de los datos de carácter personal) y que la otra obedece al término acuñado por la LOPD y el Tribunal Constitución español, en línea con la normativa europea (centrándose en el conjunto de medios jurídicos a través de los cuales se satisface la supracitada facultad)⁴⁸¹.

Si bien pareciera que la propia elección de la denominación de este derecho, con independencia de preferencias sobre el equivalente más apropiado, da pie a una inequívoca expresión y entendimiento de la misma, no son pocas las reflexiones que se han realizado acerca de su definición y fundamentación⁴⁸². Como ya se ha comentado, Lucas Murillo de la Cueva, bajo la denominación de ‘autodeterminación informativa’, ha considerado este derecho como el de controlar “que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no para preservar, de este modo, y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”⁴⁸³. En su origen, Velázquez, por ejemplo, redujo su ámbito a la capacidad individual para decidir qué datos se facilitarían a terceros⁴⁸⁴, mientras que Del Peso y Ramos lo consideran transformado no sólo como un derecho de defensa de la información

254/1993”. Resultando ser “en mayor o menor medida, términos sinónimos”, aunque existen matizaciones y se considera semánticamente más amplia la primera, según SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 175. En modo similar, reconoce Lucas Murillo de la Cueva que “hablar del derecho a la autodeterminación informativa es hablar de la protección de los datos de carácter personal, del mismo modo que tratar de la protección de datos de carácter personal es tratar del derecho a la autodeterminación informativa” en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales...op. cit., p. 44.

⁴⁸¹ *Id.*, p. 44.

⁴⁸² Nos lo resume Lucas Murillo de la Cueva: “Sabido es que las tendencias principales apuntan a utilizar ya sea el concepto de intimidad, ya sea el de autodeterminación informativa para construir, a partir de él, el régimen jurídico que asegura esta protección. Hay argumentos para cada una de esas posturas aunque personalmente prefiero -y así lo he defendido- la segunda. Ahora bien, lo importante es que, cualquiera que sea la denominación por la que se opte, nos hallamos en el ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico está formado por los diferentes instrumentos que integran la protección de los datos personales y que posee un núcleo o reducto indisponible incluso para el legislador, como sucede con todos los derechos fundamentales” en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “La Construcción del Derecho a la Autodeterminación Informativa...op.cit., pp. 38-39. Por otra parte, el Magistrado Jiménez de Parga, en su voto particular, afirmó que los “cimientos constitucionales para levantar sobre ellos el derecho a la libertad informática son más amplios que los que proporciona el art. 18. 4 CE” (apartado 4 del Voto Particular de la STC 290/2000 de 30 de noviembre).

⁴⁸³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 32-33.

⁴⁸⁴ VELÁZQUEZ BAUTISTA, R.: *La protección jurídica de datos personales automatizados*, COLEX, Madrid, 1993, pp. 67-69.

personal sino también como un derecho a controlar y vigilar el tratamiento informatizado de los datos personales⁴⁸⁵. Davara originalmente definía la protección de datos como la “*protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento automatizado de sus datos personales*”⁴⁸⁶. Rebollo, en un primer momento, consideró la protección de datos como una garantía jurídica de los datos de carácter personal, para luego hablar del derecho a la autodeterminación informativa como nuevo derecho con el objeto de “*preservar la información individual, frente a su utilización incontrolada*”, a pesar de considerar el contenido del art. 18.4 CE vinculado al derecho a la intimidad (concretamente, la protección de la intimidad ante el uso de la informática)⁴⁸⁷.

Pérez-Luño, en cambio, bajo la denominación de ‘libertad informática’, habla de un derecho a la información, al control sobre los datos y al establecimiento de los recursos necesarios para garantizar la protección de los individuos⁴⁸⁸. Castells Arteche, llamándolo “*privacidad*”⁴⁸⁹ lo define como una suerte de derecho a controlar la informática. González Navarro lo entiende como el “*derecho de la persona física a disponer de sus datos personales*”⁴⁹⁰. Acercándose a la concepción angloamericana de *informational privacy*, como se verá más adelante, Mieres prefiere no hablar de protección de datos sino de ‘intimidad informacional’⁴⁹¹. Megías, en cambio, acoge la definición del TC en sus sentencias del 2000 aludiendo al “*poder de control sobre los datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y los derechos del afectado*”⁴⁹² y reitera su origen en el reconocimiento alemán de “*esferas personales dignas de protección y reservadas al conocimiento ajeno*” y a “*facultades de control de tales zonas y de los datos que se generaran en ellas*”⁴⁹³. De manera similar,

⁴⁸⁵ DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A.: *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1994, pp. 73-75

⁴⁸⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Derecho Informático*, Aranzadi, Madrid, 1993, p. 49

⁴⁸⁷ REBOLLO DELGADO, L.: “Derechos de la personalidad y datos personales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 178-181.

⁴⁸⁸ PÉREZ LUÑO, A. E.: “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Anuario II Jornada de Estudio sobre Protección de datos y Derechos fundamentales 1989-1990*, Servicio de Estudios del IVAP, Oñate, 1991, pp. 304 y ss.

⁴⁸⁹ CASTELLS ARTECHE, J.M.: “Derecho a la privacidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 39, 1994, pp. 249-278.

⁴⁹⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 17-60.

⁴⁹¹ MIERES, J.: *Intimidad Personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 25 y ss.

⁴⁹² MEGÍAS QUIRÓS, J.J.: “Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 3, 2002, p. 530, citando la STC 292/2000 de 30 de noviembre (FJ 6).

⁴⁹³ *Id.*, p. 538.

Serrano lo consideró como el derecho a controlar la información personal informatizada con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de la información personal⁴⁹⁴, para más adelante concretar que no supone, *sensu stricto*, un nuevo derecho, sino la “*deducción, a partir de la limitación del uso de la informática de la existencia de un conjunto de facultades y posibilidades, esto es, de un contenido esencial que solo pueden encuadrarse bajo esta nueva categoría y que rebasa los límites de la intimidad*”⁴⁹⁵; circunscribiéndolo a un elemento más acotado que el *privacy* anglosajón⁴⁹⁶.

Canales, apoyándose en el desarrollo normativo a nivel europeo, no relaciona el derecho a la protección de datos con otros derechos personalísimos sino que le otorga peso propio y autónomo como derecho a proteger los datos personales de todas las injerencias que puedan producirse⁴⁹⁷. Garriga, igualmente lo define como un derecho frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona, provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos⁴⁹⁸, y, resumidamente, lo deja ampliado en “el derecho a controlar los datos que nos conciernen”⁴⁹⁹. Conde Ortiz, aludiendo, de nuevo, al uso frecuente y de forma intercambiable de las supracitadas expresiones, cuando del derecho fundamental a la protección de datos se trata, según ella, no sólo se debe hacer referencia al derecho que se ubica en el art. 18.4 CE, sino que, además debe entenderse como

“la protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos de carácter personal, o de otra forma, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para confeccionar una información que, identificable con él, afecta a su entorno personal, social o profesional, en los límites

⁴⁹⁴ SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 178.

⁴⁹⁵ De hecho, más adelante, alude a que el precepto correspondiente de la CE protege un derecho de libertad individual frente a la poderosa informática ya que esta “*con sus posibilidades de actuación incorpora la capacidad de lesionar los derechos del individuo*”. *Id.*, p. 253.

⁴⁹⁶ SERRANO PÉREZ, M.M.: “El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, pp. 251-252.

⁴⁹⁷ CANALES GIL, A.: “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12 (abril), 2007, p. 21.

⁴⁹⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales: desde Hollerith hasta Internet*, 2010, p. 4. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun12/sq.pdf>

⁴⁹⁹ *Id.*, p. 8

de su intimidad, incide directamente en un derecho fundamental de elevado contenido”⁵⁰⁰.

De manera igualmente detallada y vinculada al libre desarrollo de la personalidad, expone Martínez Martínez que el derecho a la protección de datos no es más que “*el derecho fundamental a la autodeterminación informativa basado en el derecho general de la personalidad y que ofrece protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal*”⁵⁰¹. Villaverde, en cambio, ha calificado el derecho a la protección de datos como “*un instrumento jurídico que apodera al sujeto que ha autorizado el acceso a su intimidad para seguir manteniendo un poder de control sobre el uso y destino de esa información*”⁵⁰². En este punto, ha de tenerse en cuenta el interesante análisis que lleva a cabo Ollero sobre la evolución del derecho a la protección de datos, extraído inicialmente del fundamento de la facultad negativa del derecho a la intimidad para luego reconstruirse sobre la faceta positiva del control individual sobre la información personal⁵⁰³.

Cabe, al menos, hacer alusión a las definiciones institucionales de dicho derecho. La Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”, en adelante), desde 2004 lo ha definido como “la facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos”⁵⁰⁴. Más recientemente, encontramos definiciones como la de Albers, que dicta que el derecho a la protección de datos no es más que un derecho a decidir sobre la divulgación, tratamiento y uso de los datos personales como garantía

⁵⁰⁰ CONDE ORTÍZ, C.: *La Protección de Datos Personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2006. Así también lo entiende DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, Fundación Airtel, Madrid, 2000, p. 9.

⁵⁰¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, 2005, p. 48.

⁵⁰² VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.: “La intimidad, ese terrible derecho en la era de la confusa publicidad virtual”, *Chapecó*, Vol. 14, núm. 3, 2013, p. 66.

⁵⁰³ Para un estudio exhaustivo sobre la evolución y la reconstrucción del derecho a la protección de los datos de carácter personal, *vid.* el discurso de OLLERO TASSARA, A.: *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2008, pp. 15-31. Disponible en: <http://www.losgenoveses.net/Personajes%20Populares/Ollero%20Andres/D74.pdf> Así nos lo resume LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, Vol.II, 2009, p. 140. Para una actualización del mismo, *vid.*, el reciente estudio de TRONCOSO REIGADA, A.: “La historia del derecho a la protección de datos personales”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Coords): *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, núm. 5, 2013 (Cultura de la Paz y Grupos vulnerables), pp. 431-492.

⁵⁰⁴ AEPD, *Guía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, AEPD, Madrid, 2004. Disponible en: <http://datos.redomic.com/Archivos/GuiasUtiles/G33.pdf>

individual contra cualquier injerencia, siendo cualquier tipo de uso de la información personal potencialmente vulnerador de esta suerte de autodeterminación informativa⁵⁰⁵; o la versión reducida de Mireno, como aquel “*derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona*”⁵⁰⁶. Resulta destacable la reciente reformulación de Martínez de Pisón de este derecho como un “*principio activo que faculte para decidir y controlar el destino de los propios aspectos personales y de la información que le afecte directamente [a la persona]*”⁵⁰⁷, a la vez que “*una facultad de dominio sobre los datos y la información personal incluida en archivos informáticos y objeto de tratamiento informatizado*”⁵⁰⁸.

En definitiva, lo que otorga el derecho a la protección de datos es, a fin de cuentas, el derecho inherente al ser humano a conocer y decidir qué se conoce sobre su persona en el contexto digital. Como hemos sostenido en otro lugar, se convierte en el derecho a conocer quién, qué, cómo y hasta cuándo datos de carácter personal son recogidos, tratados, conservados, utilizados, y transferidos, e, indudablemente incluye, para su efectividad, determinadas facultades como es la potestad de elegir actualizarlos, suprimirlos u oponerse a su tratamiento en determinados supuestos⁵⁰⁹. En otras palabras, en el derecho fundamental a la protección de datos se concede un poder de control de acceso sobre uno mismo y sobre la información sobre uno mismo, pues ello nos brinda a la persona el espacio necesario para desarrollarse como libremente decida. Tal control nutre un espacio para el crecimiento personal a la vez que se mantiene la autonomía personal, en sus múltiples facetas a lo largo de la vida; ahora doblemente vivida y reflejada en ámbito social y digital.

⁵⁰⁵ ALBERS, M.: “Realizing the Complexity of Data Protection”, en Gutwirth, S., Leenes, R., y De Hert, P. (Eds) *Reloading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 219.

⁵⁰⁶ MINERO ALEJANDRE, G.: “Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, Vol. L, 2017, p. 20.

⁵⁰⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Vida privada sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 37 (junio), 2017, p. 62: “*para constituir, de hecho, un principio activo en el que ya no se trata de impedir o proteger el espacio íntimo, sino de controlar la vida privada en el sentido pleno del término, esto es, de perseguir a los violadores del sacrosanto ámbito, y, sobre todo, de disponer de cada uno de los aspectos y elementos que lo articulan*”

⁵⁰⁸ *Id.*, p. 64.

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental...op.cit.*, p. 55.

3.2. La naturaleza jurídica del derecho a la protección de datos

3.2.1. Un derecho personalísimo vinculado a la dignidad humana

La preservación de la dignidad, identidad y libertad es fundamento básico de cualquier derecho fundamental. La dignidad humana, como eje axiológico, se presenta, de manera especial, como un ineludible denominador común que diseña el estatuto de la persona. Así, a través de los derechos fundamentales se expresan contenidos concretos hacia una realización de la dignidad humana, en tanto en cuanto valor supremo y principio fundamentador, todo ello como despliegue de ese necesario y libre desarrollo de la personalidad⁵¹⁰. Corresponde, cabalmente, y como ya se ha expuesto, a la teoría kantiana haber propuesto un concepto de dignidad humana como valor fundamental de las nociones de persona; dignidad que engloba una dimensión moral de la personalidad, fundamentada en la propia libertad y autonomía de la persona. De ahí que la dignidad de la persona, como veremos a continuación, se encarne como principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad, entendidos estos como el “conjunto de derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades”⁵¹¹. En efecto, y tal como apunta Alegre Martínez, en tanto en cuanto su condición de ser racional, la persona merece y necesita autorrealizarse en un entorno que permita una búsqueda y desarrollo de quién es o quiere ser como persona, libre de injerencias o reprimendas, tanto en el ámbito social como individual⁵¹².

Y es, justamente esta especial conexión entre los derechos de la esfera personal, o si se prefiere moral⁵¹³, y la dignidad humana⁵¹⁴, la que ha hecho que la doctrina clásica haya clasificado algunos de ellos como “derechos de la personalidad”, incluidos el derecho al honor, el derecho a la imagen, el derecho a la intimidad, el derecho al respeto a la vida privada y en el que obligatoriamente debemos incluir el derecho a la protección de datos.

⁵¹⁰ VILLACORTA MANCEBO, L.Q. y VILLACORTA CAÑO-VEGA, A.: *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos...op.cit.*, p. 97.

⁵¹¹ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y PLAZA MARTÍN, C.: “El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información y libertades”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 6-7, 1994, p. 276.

⁵¹² ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento...op.cit.*, p. 19. Para desarrollos más recientes sobre los riesgos y retos actuales para la dignidad, *vid.* REY MARTÍNEZ, F.: *La dignidad humana en serio...op.cit.*

⁵¹³ Para un estudio más amplio sobre la dignidad como valor básico y fundamento de la satisfacción de las necesidades de la esfera moral, *vid.* PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos: Estado de Derecho...op.cit.*, p. 234.

⁵¹⁴ PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y del orden público, límite al ejercicio de las libertades públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2005, p. 162.

La facultad de actuación jurídica insertada en el contenido de estos derechos ya reconocidos, ha servido de justificación para el posicionamiento jurídico y para la consagración de la naturaleza del derecho a la protección de datos⁵¹⁵. Todos ellos están vinculados a la dignidad como autonomía y libertad moral, y así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español: *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*⁵¹⁶; o que la intimidad, como derecho *“estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana [...] [supone] 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 de vida humana”*⁵¹⁷. Lo que significa afirmar la pretensión genérica de reconocer al individuo unos derechos que le corresponden por el mero, pero significativo, hecho de ser persona.

La consideración de la dignidad como fundamento principal de aquellos derechos personalísimos comporta una doble garantía para la persona: una garantía negativa que asegura que no deberá ser objeto de intromisiones y una garantía positiva que permita *“la preservación de la intimidad”* como *“punto de apoyo para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo”*⁵¹⁸. Efectivamente, parece no haber duda en que el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión jurídicamente (constitucionalmente) protegida, sino también a aquellos derechos personalísimos análogos que pertenecen, de alguna manera u otra, al ámbito de la privacidad en un contexto tecno-digital, todos ellos unidos a la dignidad humana⁵¹⁹.

Los derechos personalísimos hacen referencia principalmente a un espacio concreto de libre disposición individual para el libre desarrollo y configuración de la personalidad, lo que en la era digital actual, naturalmente, no sólo trae consigo una garantía negativa de

⁵¹⁵ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. y JORDÁ CAPITÁN, E. (Dirs.): *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Madrid, 2014, p. 159.

⁵¹⁶ Vid. STC 53/1985 de 11 de abril (FJ 8), y, más reciente, *vid.* por todas, STC 115/2010 de 24 de noviembre.

⁵¹⁷ STC 57/1994 de 28 de febrero (FJ 5).

⁵¹⁸ CARRILLO, M.: “Los ámbitos del derecho a la intimidad...*op.cit.*”, p. 24.

⁵¹⁹ Así también lo ha apuntado CONDE ORTÍZ, C.: *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 99-100.

evitar injerencias, sino, y sobre todo, una positiva por la que se ejerce “*un control autónomo sobre los datos propios, sobre la propia identidad informática*”⁵²⁰. No obstante, resulta evidente que la libertad informativa, en una era como la actual, se ve reducida por la transformación digital y la innovación tecno-informática, que comprometen o menoscaban gravemente su pleno ejercicio, en particular aquellas relativas al tratamiento de datos de carácter personal. Por consiguiente, el derecho a la protección de datos, se configura como un nuevo o emergente derecho personalísimo, aunque para algunos también una suerte de “subprincipio” de la “libertad de la voluntad” y de la “tutela de la personalidad”⁵²¹, propio de la era digital y como signo emblemático de ella⁵²².

Por lo tanto, los derechos de la personalidad, como derechos connaturales e innatos del hombre, pues afectan al núcleo más profundo de la persona⁵²³, incluyen aquel derecho de la persona a proteger la revelación y tratamiento de los aspectos más profundos de su persona en el contexto de una mutada y revolucionada informática, y por esta razón se considera “incardinado dentro del ámbito de los derechos de la personalidad”⁵²⁴. De este modo, las intromisiones que las NTIC hacen en el libre desarrollo de la personalidad, que condicionan las conductas del individuo en el ámbito socio-digital, deben limitarse devolviéndole al individuo la decisión de desarrollarse libremente y sin obstáculos sobre lo más profundo de su persona y, por tanto, también de decidir sobre la manifestación externa de su identidad. Pese a que podría caerse en el error de pensar que lo que se protege son los datos, lo que se protege es al sujeto titular de esos datos; en otras palabras, hablamos del control de uno mismo y de su propia construcción⁵²⁵ a través de un poder de control sobre los datos que nos identifican. Independientemente de la denominación por la que opte (derecho a la protección de datos personales, Habeas Data, derecho a la

⁵²⁰ FROSINI, V.: *Informática y Derecho...op.cit.*, p. 23.

⁵²¹ ADINOLFI, G.: “Autodeterminación informativa...op.cit.”, p. 6.

⁵²² Al contrario que otros derechos personalísimos, la “singularización” de este derecho “*obedece a una pretensión clara, una mayor protección del individuo. A esta circunstancia hay que añadir [...] la respuesta del derecho a las posibilidades técnicas. Si como hemos visto aquellos prácticamente en cincuenta años han tenido una evolución vertiginosa, el derecho no ha tenido otro remedio que adecuarse a esta celeridad. [...] Por el contrario, el derecho a la protección de datos es una de las áreas del derecho, y de forma concreta de los derechos fundamentales, más evolucionado, mejor normado y con más medios de garantía y protección*”. Vid., REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M.M.: *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 102.

⁵²³ HERRÁN ORTIZ, A.I.: *El derecho a la intimidad...op.cit.*, p. 15.

⁵²⁴ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y PLAZA MARTÍN, C.: “El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información...op. cit.”, p. 276.

⁵²⁵ RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos...op.cit.*, p. 162.

autodeterminación informativa, libertad informática, etc.) los fundamentos de este derecho emergente a la protección de datos de carácter personal lo que protege, originariamente, es la dignidad de la persona y se engloba en un ámbito de libertad individual⁵²⁶, y por ello, la dignidad de la persona se vehicula como fundamento o base del derecho a la protección de datos⁵²⁷.

3.2.2. Un derecho fundamental

La configuración del derecho a la protección de datos como derecho fundamental en un primer momento no resultó ser cuestión pacífica entre la doctrina⁵²⁸. Adviértase, pese a todo, que el carácter fundamental de dicho derecho experimentó una consagración paralela en instancias europeas y nacionales como se ha visto anteriormente, con la adopción de la CDFUE (y su posterior consagración como instrumento jurídico vinculante con el mismo valor que los tratados constitutivos y como piedra angular de las fuentes del sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE como reza el art. 6 TUE), con la adopción de la Directiva de protección de datos y la consiguiente interpretación de este derecho por parte del TJUE. Realizada dicha consideración, podemos afirmar que la UE, y sus desarrollos normativos y jurisprudenciales, han ejercido una indudable influencia en el desarrollo de este derecho fundamental⁵²⁹, lo que he venido llamando la *constitucionalización* del Derecho de la UE, pues recordemos que

⁵²⁶ REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M.M.: *Introducción a la protección...op.cit.*, pp. 40 y 101.

⁵²⁷ PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro...op.cit.”, p. 102.

⁵²⁸ De hecho, todavía existen algunos que ponen en duda la naturaleza ‘fundamental’ de su concepción europea originaria. GONZÁLEZ FUSTER, G.: “¿Un debate cada vez más fundamental o cada vez menos?”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 3 y 8: “*El nuevo derecho, por lo tanto, a pesar de ser reconocido formalmente como ‘fundamental’ por la Carta, no correspondía exactamente a la categoría [...] sino que subyacía ya en el mismo una especie de naturaleza híbrida, a medio camino entre los derechos humanos, por un lado, y los imperativos de libre comercio, por otro [...] La verdad, sin embargo, es que en un primer momento las consecuencias legales del reconocimiento del derecho a la protección de datos personales como derecho fundamental de la Unión fueron mínimas, por no decir nulas [...] el derecho fundamental europeo a la protección de datos personales, a pesar de su nombre, no es exactamente un derecho fundamental como los derechos fundamentales nacionales, ni es un derecho humano como los reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos*”. Otros, en cambio, no han dudado de calificarlo como ‘fundamental’ pero han preferido centrarse en su “*clara naturaleza prestacional. No solo concede facultades reactivas ante una vulneración -como el derecho de tutela judicial o administrativa, el derecho de rectificación o cancelación-, sino también un conjunto de deberes, de obligaciones de hacer que se imponen al responsable*”. Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Tan lejos, tan cerca”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 8 y 10.

⁵²⁹ PLAZA PENADÉS, J.: “Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre protección de datos y derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 35, 2014, p. 17.

el sistema europeo de protección de datos se ha configurado como protección de un derecho fundamental subyacente (catalogándose de sistema basado en los derechos⁵³⁰).

Parte de la doctrina española ha criticado el carácter fundamental de este derecho alineándolo como una mera facultad concreta del derecho a la intimidad⁵³¹, y otra parte lo considera un mero aspecto resultante del derecho genérico a la personalidad⁵³². Como punto intermedio tenemos aquellos que, a pesar de considerarlo “fundamental con ubicación en la constitución”, no han compartido la opinión de configurarse como un derecho ‘nuevo’, sino más bien como un derecho deducido “*a partir de la limitación del uso de la informática de la existencia de un conjunto de facultades y posibilidades, esto es, de un contenido esencial que solo pueden encuadrarse bajo esta nueva categoría y que rebasa los límites de la intimidad*”⁵³³, aunque sí que consideran que dicha deducción resulta “original”⁵³⁴.

Por el contrario, es más prevalente la doctrina que lo considera un verdadero derecho fundamental, vinculado al desarrollo incesante de las nuevas tecnologías de la información, siendo un bien jurídico e interés a proteger con entidad propia⁵³⁵ y único en su especie, dada la impredecible revolución tecnológica y la imparable transformación digital. Este también ha sido el caso, desde su origen y hasta tiempos muy recientes, de Lucas Murillo de la Cueva⁵³⁶ y de López-Ibor que alude al “incipiente pero firme reconocimiento” tanto de la normativa como de la jurisprudencia, de un nuevo derecho fundamental a la autodeterminación informativa⁵³⁷. En efecto, este nuevo derecho

⁵³⁰ LYNKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 36.

⁵³¹ Este ha sido el caso de ORTÍ VALLEJO, A.: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática” en PEREZ-LUÑO, A.E. (Dir.) *Problemas actuales de la documentación y la información jurídica*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 305-310. Recordemos, igualmente que Villaverde considera que el art. 18.4 CE hace una simple remisión normativa que tiene por objeto un mandato legislativo para que se regule una garantía específica complementaria de los derechos citados en el propio precepto, y de manera concreta, el derecho a la intimidad frente al uso ilícito de la informática. *Vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Protección de datos personales...*op.cit.*”, pp. 187-188.

⁵³² DENNINGER, E.: “El derecho a la autodeterminación informativa...*op. cit.*”, pp. 268-271.

⁵³³ HERRÁN ORTÍZ, I.: *El derecho a la intimidad...op.cit.*, p. 21.

⁵³⁴ SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, pp. 155-156.

⁵³⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 31.

⁵³⁶ Posición que ha mantenido. *Vid.*, desde LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990; hasta LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “el Tribunal Supremo y el derecho a la protección de datos”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.): *El Reglamento General de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 185-186.

⁵³⁷ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y PLAZA MARTÍN, C.: “El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información...*op. cit.*”, p. 276.

fundamental le otorga a la persona la facultad de control sobre su propia información, concediéndola ser dueña y señora de sus datos⁵³⁸, igual que lo es de su cuerpo, de su hogar y de su libertad. Pérez-Luño, aunque ha preferido la denominación de ‘libertad informática’, habla de un derecho fundamental a la información, al control sobre los datos y al establecimiento de los recursos necesarios para garantizar la protección de los individuos⁵³⁹. González Navarro, además, ha expuesto que, en el momento en que nos hallamos un derecho de disposición (aunque sea de datos personales y no necesariamente sea de carácter propietario o dominical), estamos ante un derecho que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, siendo, precisamente por ello, un derecho fundamental como los demás concebidos por nuestra Norma Suprema⁵⁴⁰.

El TC ha ido aderezando su posición sobre el carácter fundamental del derecho a la protección de datos, con pequeñas matizaciones en su STC 254/1993 aludiendo al derecho del art. 18.4 CE como “*un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales*” (énfasis nuestro)⁵⁴¹, con mayor convicción en su STC 11/1998 al determinar que el supracitado precepto constitucional “*consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona*” (énfasis nuestro)⁵⁴², hasta su STC 292/2000 que reconoció que el derecho a la protección de los datos de carácter personal consagra “en sí mismo un derecho o libertad fundamental”, excediendo el ámbito del derecho a la intimidad, traduciéndose en:

“un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros

⁵³⁸ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y PLAZA MARTÍN, C.: “El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información...*op. cit.*, p. 277.

⁵³⁹ PÉREZ LUÑO, A. E.: “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Anuario II Jornada de Estudio sobre Protección de datos y Derechos fundamentales 1989-1990*, Servicio de Estudios del IVAP, Oñate, 1991, pp. 304 y ss.

⁵⁴⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “La relación jurídica de disposición de datos de carácter personal”, en BELLO JANEIRO, D. (Dir.) y HERREDERO HIGUERAS, M. (Coord): *El derecho a la intimidad y a la privacidad y las administraciones públicas*, Junta de Galicia-EGAP, Santiago de Compostela, 1999, pp. 33-36.

⁵⁴¹ FJ 7. También lo volverá a recalcar en su STC 292/2000 de 30 de noviembre (FJ 5).

⁵⁴² FJ 5.

aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”⁵⁴³.

Tómese como ejemplo, para ver la consolidada postura de nuestro máximo intérprete la STC 199/2013, en la que el TC sigue considerando acertados los planteamientos que efectuó a principios de siglo:

*“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[...] 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 [...] o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo” (énfasis nuestro)⁵⁴⁴.*

Como elocuentemente resume Fernández López, de la doctrina constitucional se deduce que el TC ha configurado, “sin ningún tipo de ambigüedad”, que el derecho a la protección de datos debe entenderse como un derecho fundamental, el cual ha desarrollado “hasta sus últimas consecuencias la doctrina iniciada tímidamente por el propio Tribunal Constitucional”⁵⁴⁵. Al igual que no cabe duda, tras la hermenéutica del TC, que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho constitucional, en tanto en cuanto está recogido (aunque no de manera literal) en el art. 18.4 de nuestro texto constitucional, debe igualmente determinarse, sin temor a errar, que se configura como un derecho fundamental, no sólo por su ubicación en el Capítulo Segundo, Sección 1.ª del Título I, titulado “*De los derechos y deberes fundamentales*”, configurándose por tanto como derecho fundamental que requiere de un procedimiento legislativo especial

⁵⁴³ STC 199/2013, de 5 de diciembre (FJ 5).

⁵⁴⁴ FJ 12

⁵⁴⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: “El derecho fundamental a la protección de los datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, núm extraordinario 1 (dedicado al XI Congreso de Derecho y Salud ‘Nuevos retos del Sistema Nacional de Salud’), 2003, p. 40.

(con una redacción y desarrollo a través de una ley orgánica⁵⁴⁶) y que goza de protección reforzada, jurisdiccional, excepcional mediante el recurso de amparo, en el caso de presunta vulneración⁵⁴⁷, sino también por constituir un derecho emergente en un sistema dinámico de protección de los derechos fundamentales. En efecto, los sistemas de derechos no deben tener un carácter cerrado, sino abrirse a los cánones europeos e internacionales en la materia, ajustarse y dar respuesta a las nuevas realidades para acomodar las necesidades humanas de cada época.

3.2.3. Un derecho autónomo

Si todavía cabía la duda de que las respuestas jurídicas que otorgan otros derechos, especialmente el derecho a la intimidad, pudieran ofrecer suficientes garantías para proteger a la persona frente a la realidad tecno-digital, podríamos aportar algunas razones para refutar dichos argumentos. En primer lugar, y aunque quizás sea la razón de menos peso, encontramos una base jurídica distinta a la de otros derechos, a saber, el derecho a la intimidad y al honor. Esto no es sólo en el ámbito nacional, bajo su consagración en el apartado cuarto del art. 18, distinto del apartado primero del mismo artículo, sino que también es así en el ámbito europeo. El ordenamiento constitucional europeo zanjó el debate sobre el derecho a la protección de los datos personales como un derecho independiente y autónomo del derecho a la intimidad o del respeto a la vida privada, con la adopción del Tratado de Lisboa en 2007, no sólo a través de su incorporación en el derecho originario con base jurídica propia en el TUE, con una consagración expresa mediante precepto propio en la CDFUE (art. 8) y distinto de los derechos vinculados a la intimidad y a la vida privada y familiar (art. 7)⁵⁴⁸, y con una normativa derivada independiente, sino también a través de una jurisprudencia evolutiva ya analizada insistente en este nuevo derecho como distinto del tradicional derecho a la vida privada.

En otro orden de consideraciones, cabe hacer referencia al conocido debate relativo a la protección de datos (recordemos en su origen, la autodeterminación informativa o libertad informática) como instrumento contenido en el derecho a la intimidad frente a su

⁵⁴⁶ *Vid.* art. 81 CE.

⁵⁴⁷ *Vid.* art. 53.2 CE.

⁵⁴⁸ Si bien es cierto, como ya se ha apuntado, que la coexistencia de ambos preceptos distintos y separados puede encontrar su justificación, según Martínez Martínez, en la búsqueda de conciliación y pacto entre los dos grandes enfoques nacionales contrapuestos para su regulación. *Vid.*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica...op.cit.*, p. 219

consideración como derecho con sustantividad propia. Por un lado, tenemos al ya referenciado y clásico Ruiz Miguel, que se encuentra a la cabeza de la primera línea argumentativa que apostó por un derecho a la intimidad ampliado⁵⁴⁹. De similar manera, Pérez Royo incluía el derecho a la protección de datos (así como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones) como derechos instrumentales y garantías específicas de la intimidad⁵⁵⁰. Así, se consideraba que el art. 18 CE recogía, en sus diferentes apartados, un derecho a la intimidad, desglosado en diferentes manifestaciones o ámbitos (p. ej., el ámbito personal y familiar, el honor, la imagen, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del hogar, etc.).

Por otro lado, y como doctrina mayoritaria, encontramos aquellos que consideran el derecho (ya defendido como fundamental) a la protección de datos como distinto del derecho a la intimidad. Contamos con los que refutan las teorías de los clásicos, apuntando que un derecho tan extensivo a la intimidad tendría consecuencias nefastas para su efectividad: *“una amalgama de objetos, acciones de protección, límites, facultades, etc., que podrían confundirlo todo, haciéndolo impracticable”*⁵⁵¹. También figuran los que admiten una suerte de solapamiento de objetos de tutela en ambos casos, incidiendo en cierta relación, pero recalcan su ámbito de autonomía, considerando la intimidad como un subconjunto dentro del amplio conjunto de intereses abarcados por el nuevo fenómeno de lo que la Norma Suprema llama ‘informática’⁵⁵².

Así, en segundo lugar, si bien el derecho a la intimidad y a la protección de datos están profundamente ligados, en cuanto al fin último que persiguen, que, como derechos personalísimos de la persona, se traduce en la salvaguardia de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y en cuanto a la concepción de la libertad como cauce para alcanzar la dignidad a través de una autodeterminación personal⁵⁵³, lo cierto es que el

⁵⁴⁹ RUIZ MIGUEL, C.: “El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español”, *Revista general de derecho*, núm. 607, 1995, pp. 3207-3233.

⁵⁵⁰ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 1994, p. 259.

⁵⁵¹ SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas-Thomson, Madrid, 2003, p. 147.

⁵⁵² *Id.*, p. 146: “Todos compartan un núcleo o matriz común que sería la protección de la intimidad, vida privada o identidad. Pese a esto, mantienen sustantividad propia frente al derecho que con más amplitud destaca entre todos ellos, que es la intimidad en el sentido de aportar características peculiares respecto de esta. La propia redacción del precepto, con una enumeración de diferentes realidades, induce a pensar en esta autonomía”; y JIMENEZ ESCOBAR, R.: “Informática y Derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumbarse”, *Jornadas de Abogacía e Informática, Il·lustre Col·legi d’Advocats de Barcelona*, 1993, p. 87: “evidente que la cuestión de los datos personales, trasciende, aunque roza, la protección del honor y la intimidad”.

⁵⁵³ CARRILLO, M.: “Los ámbitos del derecho a la intimidad...*op.cit.*”, p. 15.

contenido de ambos difiere de raíz. Con el fin de justificar más la catalogación de ‘autónomo’, aunque se hablará más detenidamente del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos en el apartado siguiente, conviene, al menos, realizar unas aclaraciones sucintas en aras de demostrar su autonomía e independencia con respecto al arquetípico derecho personalísimo por excelencia. Pues bien, destaca, sobre todo, la ampliación del contenido del derecho a la protección de datos, abarcando tanto una visión más amplia de los datos personales a proteger (no sólo los íntimos), e incorporando acciones o elementos negativos y positivos.

A pesar de venir de la “misma matriz”⁵⁵⁴, siguiendo la taxonomía de Martínez de Pisón, lo cierto es que no comparten más allá de esa vinculación ligada a la persona⁵⁵⁵: el derecho a la protección de datos, al contrario que el derecho a la intimidad, no implica un espacio o ámbito propio reservado, ni impide las injerencias de terceros o intromisiones extrañas. Sólo con leer el texto constitucional, nos percatamos de que el derecho contenido en el art. 18.4 CE no prohíbe el uso de la informática en aras de salvaguardar los bienes jurídicos necesitados de protección, sino que indica una potencial limitación del uso de la informática; es decir, del cómo y no del qué. En efecto, si bien la configuración constitucional del derecho a la intimidad se ha construido sobre la base de la idea de autonomía y el concepto de libertad negativa, muy al contrario, el derecho a la protección de datos, como derecho reactivo⁵⁵⁶, supone una facultad positiva de controlar la información personal y la capacidad de disponer y decidir sobre ella; información que ya ha sido despojada de un ámbito reducido de conocimiento externo y utilizada por terceros, con y sin el consentimiento de la persona. Por lo que respecta a la autonomía e independencia del derecho a la protección de datos, podemos afirmar que no existe una identificación absoluta entre el bien jurídico protegido por esta y el bien protegido por el derecho a la intimidad, excediendo el primero el ámbito del segundo⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Vida privada sin intimidad...*op.cit.*, p. 59.

⁵⁵⁵ *Id.*, p. 60.

⁵⁵⁶ Aunque, como bien apunta Martínez de Pisón, el dotarle al individuo de un poder de actuación no necesariamente implica utilizarlo cuando exista una violación previa, y por ello, como se verá a continuación, goza de un elemento negativo (adelantamos, el límite del uso de la informática) y un elemento positivo (a saber, facultades de control sobre los propios datos). En este caso, cuando hablamos de “reactivo”, no hablamos de su acepción como algo que reacciona frente a un agente externo negativo, pues el derecho a la protección de datos se puede reflejar en un mero derecho de acceso a los datos personales, sin ninguna otra consecuencia, sino a algo que provoca una reacción (sea de obtener dicha información, como el caso expuesto, sea actualizarla, sea suprimirla).

⁵⁵⁷ *Vid.*, el planteamiento inicial de CASTELLS ARTECHE, J.M.: “Derecho a la privacidad y procesos informáticos...*op.cit.*, p. 225; y SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 154.

Quizás por ello haya que elogiar la labor jurisprudencial de nuestro TC no sólo por su predisposición garantista, sino también por su trabajo ejemplificativo en la concepción y desarrollo novedoso del derecho a la protección de los datos personales. Así, su jurisprudencia inicial ha caracterizado lo que vendría a ser el derecho a la protección de datos como un derecho instrumental para la protección de otros derechos (este fue el caso de la supracitada STC 254/1993). Así, compartimos la opinión que, aunque íntimamente ligado al derecho a la intimidad⁵⁵⁸ y cumpliendo una función instrumental⁵⁵⁹, en tanto en cuanto sirve para garantizar el conjunto de derechos y libertades de las personas, resulta ser un derecho fundamental autónomo como derecho a controlar la faceta informatizada de nuestra identidad frente a potenciales agresiones a la dignidad que indudablemente conlleva el uso reiterado y automatizado de los datos personales.

En sus dos sentencias del 1998, el TC dejó claro que el derecho a la protección de datos no era únicamente un instrumento para proteger al ciudadano “*frente al uso torticero de la tecnología informática*”, sino que, además, se consagraba como un derecho “*autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona [...] pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos*” (énfasis nuestro)⁵⁶⁰. Con igual convicción, que otorgó carta de naturaleza fundamental a este derecho, le dotó de plena autonomía con respecto del derecho a la intimidad en su STC 11/1998⁵⁶¹. Más adelante, concluyó rotundamente, en su STC 292/2000, que el derecho a la protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad, dotándole de plena autonomía al considerar que se debía diferenciar y desligar del mismo, puesto que:

“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 [...] [por lo que el objeto del derecho a la protección de datos] no se reduce sólo a los datos íntimos

⁵⁵⁸ Ya desde la afirmación de GONZÁLEZ MURUA, A.R.: “Comentario a la STC 254/1993 de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales”, Revista Vasca de Administraciones Públicas, núm. 37 (septiembre-diciembre), 1993, p. 264.

⁵⁵⁹ Más sobre la función instrumental de este derecho en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999...*op.cit.*, pp. 304-306.

⁵⁶⁰ STC 94/1998 de 4 de mayo (FJ 6).

⁵⁶¹ FJ 5.

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 CE 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” (énfasis nuestro)⁵⁶².

Recogiendo las ideas de Callaghan sobre la autonomía e independencia del derecho al honor frente a la intimidad⁵⁶³, y extrapolándolo a la relación intimidad-protección de datos, podemos, sin lugar a dudas, llegar a la misma conclusión: la protección de datos es un derecho distinto del de la intimidad porque constituye un aspecto externo de la persona. En efecto, los datos personales, no necesariamente con contenido íntimo, identifican o hacen identificable a la persona, siendo los datos aspectos característicos, o la exteriorización, de nuestra identidad; desde el ámbito genético-biológico, hasta el ámbito socio-económico. El derecho fundamental a la protección de datos supone, no sólo un derecho a limitar la incontrolable fuerza de la todopoderosa informática, imponiéndole límites al tratamiento de los datos personales, sean o no íntimos, sino que, además, supone un derecho de control sobre el conocimiento (que uno y terceros tienen sobre esos datos) y las facultades y acciones tendentes a controlar el tipo y la extensión de su uso por parte de terceros. Todo ello posibilita a cada persona decidir libremente sobre aquella información que le concierne, y, en última instancia, a tomar control de su propio desarrollo, identidad personal y destino; tanto dentro como fuera de las NTIC.

En definitiva, la amenaza de una mutada y re-transformada informática no se reduce a datos íntimos o de naturaleza privada, sino a todo tipo de datos, que, aunque aislados parecieran insignificantes, su recopilación, tratamiento, conexión⁵⁶⁴ con otros datos y posterior uso puede conllevar a consecuencias nefastas para la libertad, la identidad y la

⁵⁶² FJ 6

⁵⁶³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho a la intimidad”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, 1992, pp. 653-654.

⁵⁶⁴ Efectivamente así lo ha indicado HERRÁN ORTIZ, A.I.: *El derecho a la intimidad...op.cit.*, p. 28: “la relación o conexión de datos personales que, en sí mismo no representan una amenaza para la intimidad o el honor personal, constituye una operación informática especialmente peligrosa para los derechos de la persona. [...] podrá carecer de relevancia que de forma aislada se conozcan datos relativos a la persona, el peligro nace cuando tales datos se relacionan o conectan con otros [...] permitiendo acceder cada vez con mayor proximidad a la personalidad del individuo”.

dignidad de las personas. Como ya se ha expuesto, la recopilación masiva de datos personales mediante los sistemas avanzados de las NTIC supone una elaboración masiva de perfiles y potencial discriminación de la persona, no sólo por encasillarla en función de una información agrupada y descontextualizada, sino además por convertir ese encasillamiento en un *curriculum personae* abierto, posibilitando a la propia tecnología, o terceras personas con acceso a ella, a tomar decisiones discriminatorias en función de la información recopilada; no siendo necesario que ello afecte a la esfera más íntima de su ser, sino que, por el mero tratamiento o uso impropio de información personal (no necesariamente de carácter íntimo) se consideraría vulnerado dicho derecho.

3.3. Breve referencia a la concreción del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos

La fórmula del ‘contenido esencial’ de los derechos fundamentales fue plasmada por primera vez en España en el art. 53.1 CE. Sin entrar en debates doctrinales ni en un análisis exhaustivo sobre la cuestión del contenido esencial dentro de la teoría general de la disciplina⁵⁶⁵, según parte de ella, dicha cláusula se debe entender como el núcleo fijo irreductible que el derecho protege⁵⁶⁶. Se convierte, así, en un límite insuperable a la actuación de los poderes públicos, e implica necesariamente la co-existencia de contenidos limitadores y garantes. Definir el contenido esencial de un derecho como el conjunto de facultades que el derecho le concede a su titular, haciendo del mismo un derecho distinto a cualquier otro podría ser un buen punto de partida, aunque simplificado; algunos, en esta línea, lo han llamado el “contenido mínimo” del derecho⁵⁶⁷. En otras palabras:

⁵⁶⁵ Vid., entre otros, PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 143; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996; MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; CASTILLO CORDOVA, L.: *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007.

⁵⁶⁶ MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: *La garantía del contenido esencial...op. cit.*, pp. 68-73; DE ASÍS, R.: *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107; HÄBERLE, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008; y MARTÍN HUERTAS, M.A.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 75, 2008, pp. 105-190. Para un análisis detallado sobre las teorías del contenido esencial, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, R.: “Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución Mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, Vol. 37 (julio-diciembre), 2017, pp. 229-263.

⁵⁶⁷ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999...op.cit.”, p. 306.

“la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos; aspectos que se reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo”⁵⁶⁸.

De tal modo, y una vez se ha aceptado el carácter independiente y autónomo del derecho fundamental a la protección de datos, observamos un contenido esencial distinto de cualquier otro derecho. Si bien se ha calificado el proceso de su configuración como “arduo”⁵⁶⁹, y se ha fijado otra doble vertiente de su contenido (en función de su objeto⁵⁷⁰) debemos hacer hincapié en que, efectivamente, su contenido esencial se cimenta sobre dos elementos: uno negativo y otro positivo.

Si consideramos el contenido esencial de este derecho como los principios y características que lo definen y que deben ser conocidos para determinar su vulneración⁵⁷¹, cabe formular tres consideraciones. En primer lugar, otro buen punto se ubica en el enunciado literal del precepto constitucional que lo consagra, al configurarse, en parte, por su contenido negativo, limitador (que no prohibidor) del uso de la informática para garantizar el conjunto de los derechos. Estos límites a la informática, o mejor dicho, y en palabras representativas en la actual era digital, al tratamiento automatizado de datos, aparecen vertebrados en torno a una serie de principios de los que se desglosan a su vez una serie de derechos y obligaciones. Estos no son ni más ni menos que una panoplia de principios de calidad de los datos que regulan y legitiman el tratamiento; de sobra conocidos y ahora resumidos en la LOPDGDD como el principio de exactitud, confidencialidad o seguridad, de finalidad y pertinencia, todo ello basado en

⁵⁶⁸ PAREJO ALFONSO, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. L, núm. 3 (septiembre-diciembre), 1981, pp. 170-171.

⁵⁶⁹ VALERO TORRIJOS, J.: *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos y amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Cizur, 2013, p. 26.

⁵⁷⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H.: *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 55-73: por un lado entiende la protección de los datos personales como objeto de valor en el marco de una sociedad de mercado de información, y por otro, la relaciona con la protección de la persona y su vida privada.

⁵⁷¹ PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro...*op.cit.*, p. 101.

el consentimiento⁵⁷². De hecho, para algunos autores, el principio de calidad de los datos debe considerarse parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, tal y como ha sido plasmado en el art. 8.2 CDFUE⁵⁷³.

En segundo lugar, como ya se adelantaba, el derecho a la protección de datos también resulta ser una facultad de control sobre los mismos; control que se hace efectivo a través de un abanico de facultades o derechos. Esto se extrapola de la hermenéutica constitucional supracitada, sobre todo a raíz de la STC 292/2000 de 30 de noviembre que recogía que

“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar; y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para que, pudiendo oponerse a esa posición o uso [...]En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”⁵⁷⁴.

⁵⁷² Así se resume, aludiendo al proceso de constitucionalización del Derecho europeo, “El contenido del derecho típico se suele vertebrar en torno a los principios que ya se consagraron en el C1981 del Consejo de Europa. El Derecho comunitario derivado, fundamentalmente, las directivas de 1995 y 1997, ha llevado a cabo un desarrollo generoso del Convenio de 1981, con algún retroceso en la directiva de 2002. El Derecho Español ha ampliado en algún aspecto (consentimiento «inicial») el contenido del derecho a la protección de datos reconocido en el ámbito comunitario y, si bien también ha optado por imponer el deber de retención de datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo ha hecho con respeto al principio de calidad y lealtad”. Vid., RUIZ DE MIGUEL, C.: “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos...op.cit., p. 41.

⁵⁷³ PUYOL MONTERO, F.J.: “Los principios del derecho a la protección de datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Barcelona, 2016, pp. 135-150.

⁵⁷⁴ FJ 7.

El derecho, de este modo, compete a un conocimiento y un control⁵⁷⁵. Precisamente sobre la base de un “poder de disposición sobre los datos personales”⁵⁷⁶ se consagraron los clásicos derechos ARCO⁵⁷⁷ (ahora ampliados como los derechos ARCSOPOL), como facultades jurídicas de la persona, con su consiguiente obligación jurídica para terceros, de conocer y decidir sobre la propia información personal. Así, tenemos los siguientes derechos: En primer lugar, contamos con el derecho de acceso, entendido como el derecho del titular de los datos personales a solicitar conocer sobre los datos personales recogidos, sus categorías, la finalidad de su tratamiento, plazos de conservación, etc. En segundo lugar, se reconoce el derecho de rectificación, como derecho a obtener la corrección de los datos personales erróneos o inexactos que le conciernen. En tercer lugar, se consagra el derecho de supresión de los datos personales (también conocido como el derecho al olvido), objeto de este estudio y que se explicará con detalle en los capítulos siguientes. En cuarto lugar, se articula el derecho de oposición, como derecho a resistirse contra el tratamiento de los datos personales en caso de no cumplirse con los principios supracitados. En quinto lugar, disfrutamos del derecho a la portabilidad de los datos personales, como derecho a migrar, o solicitar el traspaso, de los datos personales de un responsable del tratamiento a otro⁵⁷⁸. En sexto lugar, somos acreedores del derecho de oposición a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas (en el marco de la elaboración de perfiles, sobre todo aquellas que producen efectos jurídicos adversos o discriminatorios para el interesado). En séptimo, y último, lugar, podemos ejercer el derecho a obtener una limitación del tratamiento de los datos.

⁵⁷⁵ SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, pp. 184-189.

⁵⁷⁶ Inicialmente reconocido en la STC 254/1993 (FJ 7).

⁵⁷⁷ FJ 6: “el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado [acceso] sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar [rectificación] y cancelar [cancelación y oposición] dichos datos”.

⁵⁷⁸ Más sobre ello se puede encontrar en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “El nuevo derecho a la portabilidad de datos personales a la luz del RGPD: ¿Objetivo ambicioso o misión imposible?”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 265-285.

3.4. El derecho fundamental a la protección de datos como punto de partida al derecho al olvido digital

Precisamente, de la aproximación inicial al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, observamos que, dentro de su propio contenido positivo, encontramos un derecho que otorga un poder de disposición y control sobre los propios datos: el derecho a la supresión de los mismos, o lo que se ha popularmente denominado el ‘derecho al olvido’. De tal modo, el derecho fundamental a la protección de datos se configura como “presupuesto” o “peculiar manifestación” del derecho al olvido⁵⁷⁹. Para algunos incluso es evidente que el derecho fundamental a la protección de datos es el “*seno idóneo para ubicar un posible anclaje constitucional del derecho al olvido*”, sin olvidar por supuesto su “locus natural” encuadrado en el art. 10.1 CE⁵⁸⁰. Si bien la doctrina ha utilizado, de manera indistinta la ‘cancelación’ y ‘la supresión’, incluso definiendo el supracitado derecho emergente como un derecho a reclamar la cancelación, o catalogándolo más bien de ‘principio’ en sus reflexiones originarias⁵⁸¹, debemos enfatizar que el RGPD, al que nuestra LOPDGDD se remite, dicta que esta facultad, manifestación concreta del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, se materializa también como un derecho a obtener del controlador la supresión, y subsiguiente certeza de abstención, de utilizar y difundir aquellos datos de carácter personal en una serie de circunstancias. Concretamente, cuando los datos:

“[...] no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; [...] el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento [...] el interesado se oponga al tratamiento [...] y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento [...] los datos personales hayan sido tratados ilícitamente [...] 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

⁵⁷⁹ DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op.cit.* p. 33: “no se trata de una creación ex novo, sino que parte de una previa configuración del derecho fundamental de protección de datos personales que ha evolucionado para proyectarse en un entorno concreto: el medio digital”.

⁵⁸⁰ COBACHO LÓPEZ, A.: “Reflexiones en torno...op.cit.”, p. 204.

⁵⁸¹ *Vid.*, por todos, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999...op.cit.”, p. 310; MARTÍNEZ DE PISON, J. “Vida privada sin intimidad...op.cit.”, p. 75; y BRU CUADRADA, E.: “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 5, 2007, p. 82; respectivamente.

responsable del tratamiento [...] los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información [...]”⁵⁸².

Este derecho recientemente positivizado, tanto en el ordenamiento jurídico europeo como español, nació del supracitado asunto *Google Spain*, en el que el TJUE, por instancia de la AEPD, a través de un fundamento jurídico preciso de la CDFUE (art. 8) y un análisis de la Directiva perfectamente articulado, estableció una clara y concreta interpretación del Derecho de la UE en la materia. La doctrina que inspira esta decisión supone la consagración definitiva del derecho a ser olvidado en el mundo digital. Se ha reconocido a nivel europeo el derecho de los ciudadanos a solicitar que cualquier motor de búsqueda elimine la información que ellos consideran que es irrelevante para los demás y que podría perjudicar los demás derechos y libertades de la persona. Así, observamos lo que Rodríguez-Izquierdo ha etiquetado como la “denominación de origen europea”⁵⁸³ por parte del TJUE, en tanto en cuanto este le da carta de naturaleza *iusfundamental* a una serie de contenidos sustantivos de los derechos a la privacidad y a la protección de datos, como es la garantía del derecho al olvido digital, que no había sido tan rotundamente definido con anterioridad, pero que, sin duda alguna, forma parte de esa autodeterminación informativa y libertad informática.

Llegados a este punto, cabe recordar que, si bien el derecho al olvido ha obtenido apoyo normativo y jurisprudencial en años recientes, los clásicos principios de protección de datos se han configurado como pilares básicos de este derecho, y dos garantías concretas de los ya citados derechos ARCO, como parte del contenido esencial positivo del derecho fundamental a la protección de datos, han forjado una estrecha relación con el mismo: estos son el derecho de oposición y el derecho de cancelación. Si bien, como veremos más adelante, se han manifestado consideraciones relativas a la instrumentalidad de los derechos de cancelación y oposición con respecto al derecho al olvido⁵⁸⁴, son numerosos los que acotan la polinización de este último a través del ejercicio de los primeros⁵⁸⁵. Por un lado, el derecho de oposición se ha venido definiendo como la facultad de control del interesado para oponerse, por motivos fundados, al tratamiento de

⁵⁸² Vid. los arts. 93 y 94, que, aunque parecen delimitarlo a la Red, remiten al genérico art. 17 RGPD.

⁵⁸³ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información...*op.cit.*, p. 20.

⁵⁸⁴ NOVAL LAMAS, J.J.: “Derecho al olvido: algunas consideraciones sobre su futura regulación”, *Revista Contratación Electrónica*, núm. 120 (octubre-diciembre), 2012, p. 29.

⁵⁸⁵ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Cuadernos y Debates núm. 33, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 33-55.

sus datos de carácter personal, lo que conlleva la subsiguiente obligación de cese por parte del responsable del tratamiento⁵⁸⁶. Por otro lado, y por lo que más nos interesa, el derecho de cancelación se ha venido definiendo como la facultad del interesado de solicitar la eliminación de los datos personales de un fichero o del tratamiento que se les esté dando, cuando estos resulten inadecuados o excesivos. Con respecto al primer derecho, observamos que la gran diferencia con el derecho al olvido deviene en que los datos personales no son eliminados *per se*, sino que se elimina la posibilidad de su tratamiento. Sin embargo, con respecto al segundo, la diferencia con el derecho al olvido es más difícil de dirimir; sobre todo teniendo en cuenta que tanto la actualización de la normativa europea como la española ha supuesto la desaparición de este concepto, sustituyéndolo directamente por el derecho de supresión o derecho al olvido⁵⁸⁷. No obstante lo anterior, se abordará en los capítulos siguientes la naturaleza autónoma del derecho al olvido, así como sus vertientes en virtud de los cambios acaecidos en el marco normativo y de la casuística jurisprudencial reciente.

De similar manera, afirmamos que los principios de calidad, finalidad y de consentimiento del tratamiento son fuentes inspiradoras y premisas procedimentales para el ejercicio del derecho al olvido. En primer lugar, el principio de calidad (con la nueva normativa rebautizado como “principio de exactitud”⁵⁸⁸) de los datos exige que el tratamiento deberá llevarse a cabo con datos exactos, veraces y puestos al día, excluyendo aquellos que o bien devienen inexactos o extemporáneos, o bien son falsos⁵⁸⁹, debiéndose ser suprimidos o rectificadas sin dilación⁵⁹⁰. En estrecha relación encontramos el principio de finalidad (llamándolo la normativa europea “principio de minimización”⁵⁹¹) que exige que los datos sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados⁵⁹², quedando deslegitimado cualquier tratamiento incompatible con la finalidad inicial por la que se recogieron los datos personales; de tal modo, la finalidad con la que se recaban y se tratan datos de carácter personal se convierte

⁵⁸⁶ Vid. art. 18 LOPDGDD y arts. 21-22 RGPD. Efectivamente, ahora se le añade un derecho de oposición cuando de tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa se trata.

⁵⁸⁷ En estas coordenadas, observamos la inexistencia del término ‘cancelación’ a lo largo del texto europeo y encontramos únicamente una mención a la ‘cancelación’ en el artículo 12 LOPDGDD, como parte de las disposiciones generales sobre ejercicio de los derechos contemplados en dicha ley orgánica, pero no gozando de un desarrollo concreto en la misma.

⁵⁸⁸ Vid. art. 5.1 (d) RGPD.

⁵⁸⁹ Vid. art. 4.1 LOPDGDD.

⁵⁹⁰ Vid. art. 4.2 LOPDGDD.

⁵⁹¹ Así se denomina en el art. 5.1(c) RGPD.

⁵⁹² Vid. art. 11(b) LOPDGDD.

en legitimación y limitación del tratamiento a la vez. De hecho, algunos lo han conectado directamente con el derecho al olvido, a través de la jurisprudencia constitucional española: “*el tratamiento de los datos debe limitarse únicamente a su propósito y los interesados deben conservar un control efectivo sobre sus propios datos [...] el principio de minimización de datos conecta con el denominado “derecho al olvido” (Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre) poder eliminar el rastro virtual dejado en el uso de la red, por ejemplo, el perfil en una determinada red social*”⁵⁹³.

En lo que concierne al principio de consentimiento, este no sólo resulta ser la premisa indispensable para la licitud del tratamiento⁵⁹⁴ sino que además se configura como hilo legitimador y dinámico de cualquier utilización de datos de carácter personal⁵⁹⁵, pudiendo el interesado revocar su consentimiento en cualquier momento⁵⁹⁶. De igual manera debemos referenciar las garantías otorgadas al interesado en virtud de determinados deberes impuestos al responsable del tratamiento de datos de carácter personal, no sólo relativas a la lealtad, transparencia, seguridad y secreto profesional⁵⁹⁷, sino también la obligación de adopción de medidas técnico-organizativas para garantizar la efectividad del derecho al olvido, en tanto en cuanto el responsable del tratamiento debe impedir el acceso y utilización de los datos que obran en su poder; lo que la norma española ha llamado “bloqueo de datos”⁵⁹⁸ y la europea desarrolla esbozando la obligación de impedir el acceso e informar a terceros sobre la supresión legítima de enlaces a datos personales relacionados con la solicitud de supresión de dichos datos⁵⁹⁹.

De cara al enfoque basado en los derechos fundamentales que persigue este trabajo, es importante mencionar que el contenido de esta sentencia subraya que, a la luz de los artículos 7 y 8 CDFUE, un individuo tiene el derecho a solicitar que la información relativa a su persona, en una lista de resultados de un motor de búsqueda, no se incluya, o se elimine de esta lista de resultados. La premisa principal de esta decisión era la eficacia de las normas establecidas en la Directiva de protección de datos, Directiva que se había

⁵⁹³ SAURA, J.R., PALOS SÁNCHEZ, P.R. y DEBASA NAVALPOTRO, F.R: “El problema de la reputación online y motores de búsqueda: Derecho al olvido”, *Cadernos de derecho actual*, núm. 2018, p. 226.

⁵⁹⁴ *Vid.* arts. 4 y 6.1(a) RGPD.

⁵⁹⁵ *Vid.* arts. 7 y 8 RGPD y arts. 6 y 7 LOPDGDD, respectivamente. Además, cabe apuntar que encontramos el término en 37 ocasiones a lo largo de la norma española y 68 veces en la europea.

⁵⁹⁶ *Vid.* art. 7.3 RGPD

⁵⁹⁷ *Vid.* arts. 5, 11 y 28 LOPDGDD y arts. 5.1(a)(e) y (f), 12 y 32-34 RGPD, respectivamente.

⁵⁹⁸ *Vid.* art. 32 LOPDGDD.

⁵⁹⁹ *Vid.* art. 17.2 RGPD.

adoptado décadas antes, en un momento en el que el desarrollo actual y la diversidad de usos de Internet eran inconcebibles. Bajo esta justificación, el TJUE establece una definición amplia de los conceptos y del ámbito de territorialidad de la misma, y adopta un enfoque e interpretación favorable a asegurar una protección efectiva y completa del derecho a la protección de datos de carácter personal.

Dada esa revolucionada y mutada informática, el juez-intérprete, y luego el legislador europeo y español, vieron necesario asegurarse una protección efectiva de los datos de carácter personal y del derecho a la intimidad en la Red. Esta decisión ha permitido a las personas ejercer su derecho a reclamar ser olvidados en la Red directamente ante la empresa del motor de búsqueda, incluso si la fuente original de la información es o no completamente visible en la Red. Así, se da efectivo cumplimiento al derecho a la protección de datos, pues un poder de control sobre los mismos no se garantiza sin un derecho a suprimirlos. Este derecho, sea visto como garantía o elemento positivo del derecho fundamental a la protección de datos, o como un derecho autónomo, ha sido instrumento necesario para la efectividad del principio de finalidad y calidad de los datos⁶⁰⁰, y se ha expandido y desarrollado en años recientes, todo lo cual se expondrá con mayor minuciosidad en los capítulos siguientes.

⁶⁰⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Nuevos retos para la protección de datos personales...op. cit.*, p. 239.

CAPÍTULO II: PROCESO DE SURGIMIENTO Y RAZÓN DE SER DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN LA UE

1. Orígenes y primeras manifestaciones del derecho al olvido

El origen del derecho al olvido, al igual que el ya analizado derecho fundamental a la protección de datos es marcadamente europeo. Recordemos que el abuso de los datos personales por parte de ciertos estados europeos durante la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría ha dejado una inolvidable huella jurídico-cultural en Europa⁶⁰¹. Como reacción a las atrocidades realizadas en esta época, en parte gracias a la recopilación, retención y tratamiento de información personal, se elevaron los derechos personalísimos a la intimidad o el respeto a la vida privada a categoría de derechos humanos universales. Resulta prueba suficiente de este extremo el elenco de instrumentos normativos y programáticos de derechos humanos adoptados en la segunda mitad del siglo XX a nivel internacional y europeo. Si bien el temor originalmente se centraba en las injerencias e intrusiones estatales, el derecho fundamental a la protección de datos, con la globalización y la transformación tecno-económico-digital, evolucionó hacia el sector privado, cuyo funcionamiento se basaba cada vez más en la recopilación, uso y difusión de información, mayoritariamente personal. El fundamento del derecho al olvido, al igual que el del derecho fundamental a la protección de datos, se convierte, pues, en el necesario reforzamiento de la dignidad, personalidad, reputación e identidad, reequilibrando la balanza a favor del poder de control sobre los propios datos personales y el uso que se hace de ellos.

Recordando también las consideraciones en clave *iuscibernética* y jurídico-filosófica que hacíamos al comienzo de este trabajo, en efecto, el nuevo entorno tecno-digital ineludiblemente ha supuesto la creación y difusión instantánea e universal de todo tipo de información, incluida la personal, y, por ende, como consecuencia natural, ha conllevado

⁶⁰¹ Como ejemplo, Lazer y Mayer-Schönberger ponen de manifiesto la utilización abusiva, ilegal e inhumana que hicieron los sistemas fascistas de información personal de carácter sensible, recopilada inicialmente con fines legítimos, para sus propios programas políticos. Vid. LAZER, D. y MAYER-SCHÖNBERGER, V.: “Statutory Frameworks for Regulation Information Flows: Drawing Lessons for the DNA Data Banks from Other Government Data Systems”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, 2006, p. 368: “Take as an extreme example the effort in the 1930s by the Netherlands to redesign their population information systems. The clear purpose of this endeavor was to improve administrative efficiency. However, part of the data that they collected for innocent reasons, was each citizen’s religious affiliation. Catastrophically, these data systems fell into the hands of the Nazis, and, arguably, as a result, Dutch Jews were killed at a much higher rate than any other Jews in Western Europe during the Holocaust”.

un inquebrantable almacenamiento y *mise-en-scène* abierta de datos de carácter personal en la Red. Esto es, en gran parte, debido a que la información se recopila, se comparte y se difunde, a menudo allende la voluntad del interesado, y, el efecto multiplicador y perfeccionador de los servicios de la sociedad de la información y los motores de búsqueda facilitan su identificación, clasificación y difusión instantánea e universal. De este modo, nuestra historia vital, nuestros recuerdos y nuestra identidad quedan relegados a un sinfín de recovecos digitales que componen lo que hemos venido llamando la memoria digital, como aquella que almacena la totalidad de la información generada directa e indirectamente por los propios interesados y que rebasa los límites de la memoria humana, ingeniosamente creada con la capacidad de olvidar. Por ello, como potencial solución a los supracitados problemas, se planteó en Europa regular un derecho al olvido digital; siendo, a grandes rasgos, y aunque matizaremos más adelante⁶⁰², un derecho a solicitar la supresión de datos personales o enlaces que los contienen que han devenido irrelevantes, descontextualizados u obsoletos.

Si bien el nacimiento del llamado derecho al olvido se puede fijar entre el 2013 y el 2014, cuando cobró inusual protagonismo a través del supracitado asunto del TJUE *Google Spain*, que se analizará con más detenimiento en las páginas siguientes, lo cierto es que podemos encontrar los fundamentos del derecho al olvido un par de siglos atrás, sobre todo en lo que se refiere a las tradiciones jurídicas (o si se prefiere “sistemas”⁶⁰³) civilistas. Si miramos, como hace magistralmente Simón Castellano, las instituciones jurídicas como la responsabilidad civil extracontractual⁶⁰⁴, la cancelación de los antecedentes penales⁶⁰⁵, la figura de la amnistía⁶⁰⁶ o cuestiones relativas al acceso y a la práctica de la anonimización de las resoluciones judiciales⁶⁰⁷, observamos, como valor inherente, la necesidad de un olvido o desvinculación de información con la persona; todo

⁶⁰² De hecho, adelantamos que el propio TJUE encarriló su análisis en más bien garantizar la posibilidad de restringir o limitar el acceso inmediato a datos de carácter personal mediante búsquedas genéricas; en otras palabras, reconoció el poder de control sobre la información personal con el fin de prevenir daños presentes o futuros de su accesibilidad universal e inmediata, siempre y cuando no existan razones imperiosas o legítimas para denegar limitaciones a dicha accesibilidad.

⁶⁰³ SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 100.

⁶⁰⁴ SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España...op.cit.*, pp. 103-108.

⁶⁰⁵ SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional... op. cit.*, pp. 109-113.

⁶⁰⁶ SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional...op. cit.*, pp. 109-113; y SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido...op.cit.*, pp. 116-121.

⁶⁰⁷ Vid. por todos, SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido...op.cit.*, pp. 141-173; y GARCÍA HERRERA, V.: “Transparencia jurisdiccional y protección de datos. La anonimización de sentencias”; *Actualidad civil*, núm. 3, 2019.

ello, en aras a liberarse o rehabilitarse de estigmas sociales negativos de un pasado lejano (para algunos incluso para “volver a empezar”⁶⁰⁸), y, por ende, para proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo en su presente y su futuro:

*“El olvido se presenta, en los sistemas jurídicos inspirados en la tradición civilista, como un derecho indirecto, desprendiéndose del derecho a la intimidad o incluso del derecho a la reputación. El olvido se produce después de que se haya distribuido la información a terceros, siendo esta no información secreta [...] [es] un derecho inconcebible sin la existencia de una obligación impuesta a los demás”*⁶⁰⁹.

Así, encontramos el valor inherente y la necesidad del olvido en la figura de la cancelación de los antecedentes penales, pues le otorga a la persona una suerte de derecho a la rehabilitación socio-jurídica, tras el paso de un determinado plazo, al permitírsele solicitar el borrado de información sobre condenas por la comisión de un delito⁶¹⁰. En análoga línea, observamos que, bajo la denominación genérica de la clemencia ejecutiva o la prerrogativa de gracia, se integran instituciones jurídicas tales como la amnistía o el indulto en el caso de España⁶¹¹, también como garantías a un derecho al olvido en tanto en cuanto operan bajo las premisas del perdón y tienen como consecuencia la exención de ejecutar o cumplir con lo juzgado. Sin embargo, para mayor precisión, cabe apuntar que *“mientras este [el indulto] se proyecta sobre las penas, la amnistía lo hace sobre el acto ilícito, operando sobre él como si nunca hubiere existido, incluso con efectos retroactivos sobre las penas ya purgadas”*⁶¹². Sea como fuere, el objetivo es el mismo: liberar a la persona de sus cadenas pasadas para, así, poder desarrollarse libremente en su presente y futuro. Con relación al acceso y a la publicidad de las resoluciones judiciales, si bien gran parte de los ordenamientos jurídicos, en aras a cumplir con las exigencias de garantizar un control público de la justicia y asegurar una mínima confianza en los

⁶⁰⁸ SIMÓN CASTELLANO, P.; “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”, *Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías* celebrado el 18 y 19 de octubre de 2012 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

⁶⁰⁹ TRUDEL, P.: “L’oubli en tant que droit et obligation dans les systèmes juridiques civilistes”, *Texto inédito elaborado para la asignatura de Derecho del Ciberespacio*, Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, 2013. Disponible en: <https://pierretudel.openum.ca/files/sites/6/2016/08/NotesoubliREV-1.pdf>

⁶¹⁰ *Vid.*, entre otros, el art. 136 del Código Penal español.

⁶¹¹ Para un análisis de lo más detallado, *vid.* GARCÍA MAHAMUT, R.: *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

⁶¹² AGUADO RENEDO, C.: “La clemencia vinculada por el derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 74, 2009, p. 337.

órganos jurisdiccionales, contemplan las resoluciones judiciales como fuentes accesibles al público, también resaltan la insoslayable conciliación de este interés general con la protección de los derechos personalísimos del individuo como ha puesto de sobra manifiesto, entre otros muchos, la AEPD⁶¹³, nuestro propio TC⁶¹⁴, y el TEDH⁶¹⁵ sobre la necesaria disociación de ciertos datos personales en el contexto de la publicidad de las resoluciones judiciales.

En efecto, el olvido está implícito en los diferentes mecanismos de prescripción y se acomoda como valor subyacente y protector de la personalidad. Esto ha sido, y sigue siendo, especialmente cierto en el ámbito penal. En la tradición jurídica continental, se ha considerado esencial para proteger la dignidad humana el olvido forzado de hechos pasados que han devenido obsoletos o irrelevantes, regulando determinadas situaciones en las que el mero trascurso del tiempo tiene como consecuencia inmediata una obligada amnesia; Rallo señala este extremo como una “*convicción social intrínseca*” a la garantía de la dignidad humana, limitándose el ordenamiento jurídico a regular “*heterogéneas situaciones en las que el paso del tiempo aboca a la caducidad u olvido de sus efectos jurídicos*”⁶¹⁶. Así, el derecho al olvido se encuentra fuertemente unido a nociones tales como la privacidad y la autodeterminación, pues esta garantía alude a la autonomía

⁶¹³ Vid., por ejemplo, sus resoluciones núm. 337/2009 y 1135/2009.

⁶¹⁴ Como reza el artículo 266.1 LOPJ, en conjunción con el art. 80 LOTC, y como se ha podido apreciar entre otras, en la STC 185/2002 de 14 de octubre en la que se establecía la necesidad en una sociedad democrática de “*que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia [...] reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose [...] Pero no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público por innecesaria para transmitir la información que se pretende. Y tampoco lo fue aquí, con la consecuencia, ya clara, de que su difusión comportó un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido. En definitiva, los datos que el reportaje enjuiciado revela sobre la joven agredida, en la medida en que permiten su completa identificación, exceden de cuanto puede tener trascendencia informativa en relación con la agresión sexual y su investigación judicial objeto del trabajo periodístico, y por ello ese contenido concreto de la información (el único que justifica el reproche que ha dado lugar a la condena civil impugnada) no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE*” (FJ 4 *in fine*)(énfasis nuestro). De similar modo, tenemos la STC 30/2005 de 14 de febrero, por la que se ordenó publicar dicha sentencia en el BOE sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor, coimputado de un delito de robo con intimidación y cuyo derecho a la presunción de inocencia se había vulnerado según el TC, con el objeto de respetar su intimidad (FJ 7).

⁶¹⁵ STEDH de 6 de octubre de 2010, *CC. contra España*, que condenó a España por la falta de anonimización del nombre del demandante, y asociársele directamente datos sensibles (tal como es la enfermedad del SIDA) con su persona, no considerándose justificado, y por ende, produciéndose una violación del art. 8 CEDH.

⁶¹⁶ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en internet. Google versus España*, Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 24.

individual y a la capacidad de decidir libremente sobre los datos personales y mantener, de este modo, un control sobre los diferentes aspectos de la propia identidad e intimidad a través de decisiones sobre qué información personal se revela, a quién, cómo y hasta cuándo⁶¹⁷.

No es irrelevante el nombre escogido, pronunciado, por primera vez, en el sistema quebequense, en el famoso asunto *Goyette v. Rodier* (1889)⁶¹⁸, del que nació la figura de la responsabilidad civil extracontractual por la difusión y acceso masivo de información, y que, a día de hoy, se ha adaptado un *droit à l'oubli numérique*⁶¹⁹ del tradicional *droit à l'oubli judiciaire*, una institución jurídica penal⁶²⁰, que viene a recoger la posibilidad, o más bien necesidad, de que el pasado sea olvidado para restituir nuestra libertad y dignidad⁶²¹. Por ello, el tradicional derecho al olvido, en los sistemas civilistas, sobre todo el francés y el italiano, se ha centrado en proteger los derechos personalísimos de los exconvictos, configurándose en términos de una petición de supresión de datos públicos (como son las resoluciones judiciales, incluidas las condenatorias), que ya no gozan de interés periodístico por el periodo de tiempo transcurrido⁶²².

⁶¹⁷ DE TERWANGNE, C.: "Internet Privacy and the Right to be Forgotten/Right to Oblivion", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 13, 2012, p. 110.

⁶¹⁸ Sentencia Cour Supérieure du Quebec, caso *Goyette c. Rodier* (1889).

⁶¹⁹ Por ello mismo la noción francesa actual se denomina *droit à l'oubli numérique*. Vid. los excelentes trabajos de Carneroli y Barbezieux sobre la materia: CARNEROLI, S.: *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, Larcier (Création Information Communication pratique), Bruxelles, 2016 ; y BARBEZIEUX, M. : *Le droit à l'oubli numérique : bilan et perspectives*, Editions Universitaires Européennes, Saarbrücken, 2016.

⁶²⁰ Vid. el originario TRUDEL, P. : "L'oubli en tant que droit et obligation dans les systèmes juridiques civilistes", Traducido por SIMÓN CASTELLANO, P. : El reconocimiento del derecho al olvido...*op.cit.*, p. 105; LETTERON, R.: "Le droit à l'oubli", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'étranger*, núm. 2, 1996, pp. 385- 424; PINO, G.: "The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights" en HOECKE, M.V. y OST, F. (Eds.): *The Harmonisation of European Private Law*, Hart, Bruselas, 2000, p. 237; y entre otros estudios más recientes, vid. PONSEILLE, A. : "La peine et le temps", *Archives de politique criminelle*, Vol. 1, núm. 29, 2007, pp. 69-93; MEZZANOTTE, M.: *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoles, 2009; RASCHEL, E.: "Le droit à l'oubli en matière d'infractions pénales", *La Revue (Actas del Congreso Le droit à l'oubli celebrado el 25 de marzo 2015)*, núm. 8, 2016, pp. 48-58.

⁶²¹ En este sentido, también se ha desarrollado el derecho en el sistema suizo. Según nos apunta Werro, el derecho al olvido, en su acepción clásica es el "derecho a impedir que cualquier persona los identifique en relación con su pasado criminal". Vid., WERRO, F.: "Right to inform vs. the Right to be Forgotten. A Transatlantic Clash", *Georgetown University Center for Transnational Legal Studies Colloquium Research Paper*, núm. 2, 2009, p. 285.

⁶²² BERNAL, P.: "A Right to Delete?", *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, núm. 2, 2011, p. 2; MANTELERO A.: "U.S. Concern about the Right to Be Forgotten and Free Speech: Much Ado about Nothing?", *Contratto e Impresa*, Vol. 17, núm. 2, 2012, p. 728; CARNEROLI, S.: *Le droit à l'oubli...op.cit.*, pp. 105-110; TADDEO, M. y FLORIDI, L.: "The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers...*op.cit.*", p. 1592; y COFONE, I.N.: "Online harms and the right to be forgotten" en COFONE, I.N. (Ed) *The Right to be Forgotten: A Canadian and Comparative Perspective*, Routledge-Taylor & Francis, New York y Londres, 2020, p. 2. Cabe al menos apuntar que, en lo atinente a un derecho al olvido de cuestiones penales, parte de la doctrina ha dudado de su conveniencia. Vid., por todos, PACE,

Precisamente en el binomio persona-libertad, encontramos la síntesis del derecho al olvido. Algunos han afirmado que este derecho encuentra sus orígenes en el derecho a la intimidad⁶²³, en el derecho a la vida privada y en el derecho a la protección de datos, o, en otras palabras, que deriva de estos⁶²⁴. Si bien es cierto que la facultad de actuación jurídica insertada en el contenido de otros derechos ya reconocidos ha servido de justificación para el posicionamiento jurídico y la naturaleza del derecho al olvido digital, (pues los supracitados derechos “tradicionales” son, a fin de cuentas, derechos sobre los que también repercute el tratamiento de información), este se materializa en la UE como un derecho vinculado al derecho fundamental a la protección de datos, en tanto en cuanto garantía que va más allá del ejercicio del derecho de oposición, pues la supresión de la información del afectado constituye el núcleo esencial y condición necesaria para el olvido. En estas coordenadas de reconstrucción de un nuevo derecho, algunos autores han expresado que el derecho al olvido y el derecho de supresión son términos intercambiables⁶²⁵, cuando menos términos que se entrelazan⁶²⁶, mientras que otros los han diferenciado en función de sus fundamentos jurídicos y alcance⁶²⁷.

Existen incluso autores que creen conveniente, tras un análisis de derecho comparado, examinar el derecho al olvido, que catalogan como un “derecho ex post”, a la luz del principio de exactitud de datos, y por extensión, a la luz del derecho de rectificación: “la

A.: “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, p. 48.

⁶²³ Para un análisis exhaustivo del derecho a la intimidad, y concreciones sobre la “intimidad informática”, vid. REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad...op.cit.*, p. 365.

⁶²⁴ ÁLVAREZ CARO, M.: *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus, Madrid, 2015, p. 27.

⁶²⁵ XANTHOULIS, N.: “Conceptualizing a Right to Oblivion in the Digital World: A human rights-based approach”, *University College London*, Londres, 2012, p. 16; VERMESA, O.y FRIESS, P.: *Internet of Things – Global Technological and Social Trends*, River Publisher, 2011, p. 79; DE TERWANGNE, C.: “Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 13, 2012, p. 109; GOMES DE ANDRADE, N.N.: “Oblivion: The Right to Be Different... from Oneself – Reproposing the Right to Be Forgotten”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 13, 2012, p. 122; FINOCCHIARO, G. y RICCI, A.: “Quality of Information, the Right to Oblivion and Digital Reputation”, en: CUSTERS, B. et. al. (Eds.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Springer, Berlin, 2013, pp. 289-299; BURTON, C., KUNER, C. y PATERAKI, A.: “The Proposed EU Data Protection Regulation One Year Later”, *The Albrecht Report, Bloomberg Privacy and Security Law Report*, 21-01-2013.

⁶²⁶ SARTOR, G.: “The Right to be Forgotten: Dynamics of Privacy and Publicity”, en FLORIDI, L. (Ed): *Protection of Information and the Right to Privacy - A New Equilibrium?*, Springer International, Cham, 2014, pp. 14-15.

⁶²⁷ AMBROSE, M.L. y AUSLOOS, J.: “Right to be forgotten across the pond”, *Journal of Information Policy*, Vol. 2013, pp. 1-23; WEBER, R.H.: “The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora’s Box?”, *JIPITEC*, núm. 2, 2011, pp. 120-130; ROUVROY, A.: “Réinventer l’art d’oublier et de se faire oublier dans la société de l’information?” en LACOUR, S. (Ed.), *La sécurité de l’individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, L’Harmattan, Paris, 2008, pp. 249-278.

idea sustantiva de que debería garantizárseles a las personas la rectificación de datos significativamente inexactos se ha considerado genéricamente más discreta y menos controvertida que la afirmación de que la legitimidad del procesamiento de los datos personales puede ser cuestionada [...] la sentencia de Google Spain [...] pertenecía específicamente a datos inexactos” (traducción propia)⁶²⁸. No compartimos esta aproximación: aunque es cierto que, como bien apuntan, muchos países reconocen, como la única medida reparadora de vulneraciones a la privacidad, la corrección de información inexacta o desactualizada, otros sí que han proporcionado, en sede normativa, una garantía aparte para la supresión de información personal⁶²⁹.

De hecho, gran parte (si no todos) los supuestos que legitiman el ejercicio de un derecho al olvido (sea en su concepción generalizada materializada en el art. 17 RGPD, sea en su concepción específica reconocida por el TJUE en el Asunto *Google Spain* como veremos más adelante) no están fundamentados sobre la base de que la información personal sea inexacta sino más bien sobre la base de la licitud y necesidad de su tratamiento (principio de licitud recogido en el art. 6.1 RGPD). Si bien es cierto que, en el Asunto *Google Spain*, el objeto de la controversia eran, efectivamente, datos de carácter personal que se podían calificar (y así se hizo) ‘inexactos’ (deudas ya pagadas y un estado civil distinto), la interpretación que se le pidió al tribunal europeo que realizara del Derecho comunitario vigente estaba sustancialmente conectada a reconocer, como garantía de un empoderamiento digital, el poder solicitar la desindexación y la inaccesibilidad inmediata e universal de enlaces que conteneran datos personales obsoletos por el transcurso del tiempo a través de búsquedas genéricas nominales. En otras palabras, la argumentación jurídica se basaba principalmente en que, con independencia de la naturaleza exacta de los datos de carácter personal en el momento de su tratamiento inicial o actual, dada la descontextualización que los motores de búsqueda producen, estos habían devenido obsoletos o irrelevantes con el paso del tiempo y, por ende, no estaba justificado, si se solicitaba lo contrario, seguir tratando dicha información⁶³⁰.

⁶²⁸ ERDOS, D. y GARSTKA, K.: “The Right to be Forgotten Online...*op.cit.*, p. 10.

⁶²⁹ Mencionan concretamente la legislación en materia de protección de datos de Japón y Canadá. *Id.*, p. 11.

⁶³⁰ De hecho, adelantamos que lo que destacaba el TJUE era precisamente “*que incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible [...] cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. Éste es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido*” (énfasis nuestro). *Vid.* apartado 93 de la STJUE de 13 de mayo de 2014.

Dada la complejidad de tratar de definir y encontrar el alcance jurídico de este derecho⁶³¹, abordaremos esta ardua tarea, separadamente, en el próximo capítulo, tomando como guía las pautas normativas y jurisprudenciales establecidas en los apartados siguientes.

2. Consolidación y positivización del derecho al olvido digital

2.1. Legislación relevante

Los principios de la normativa internacional en materia de protección de datos, como fueron en su día las directrices de la OCDE y el Convenio 108 (y es ahora su versión revisada manifestada en el Convenio 108+) han servido como base para toda la legislación europea y nacional posterior, tanto en materia de protección de datos, como en su vertiente específica, plasmada como garantía del derecho al olvido. Así, aunque no existe una mención explícita a un derecho al olvido, dado que este parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, cabe apuntar que goza de un reconocimiento y regulación en la Unión Europea que se refleja tanto en el derecho originario como en el derivado. Con respecto al derecho originario, cabe recordar que el art. 16 TFUE consagra una nueva competencia general de la UE para legislar en materia de protección de datos. Asimismo, el catálogo de derechos que constituye la CDFUE desde su elevación jurídica en la reforma del Tratado de Lisboa como documento jurídicamente vinculante y con el mismo valor que los demás tratados constitutivos, reconoce y garantiza una serie de derechos directamente vinculados al derecho al olvido digital. De este modo, la CDFUE no solo garantiza el respeto a la vida privada y familiar en su artículo 7, derechos indirectamente vinculados a la intimidad y privacidad en el ámbito informático, sino que también establece el derecho a la protección de datos en su artículo 8, gozando este de su propio precepto, consagrando, de manera explícita, su naturaleza de derecho fundamental; también eleva, de manera significativa, su protección, y la de los derechos que nacen de él, en el ordenamiento jurídico europeo⁶³². Cabe apuntar, además, que ambos derechos se integran en el título de la CDFUE rubricado “Libertad”.

⁶³¹ Pues este “está lejos de ser un término incontestable o unívoco” según ERDOS, D. y GARSTKA, K.: “The Right to be Forgotten Online...*op.cit.*, p. 4.

⁶³² La coexistencia de ambos preceptos puede justificarse como conciliación entre los dos grandes enfoques de regulación de dicho derecho por los Estados Miembros (compromiso entre aquellos ordenamientos y tradiciones jurídicas que reconocían el derecho a la protección de datos como intrínsecamente ligado a la

Como se ha podido observar, hasta hace bien poco el derecho al olvido digital no estaba explícitamente mencionado en ningún instrumento normativo en el seno de la Unión Europea. A pesar de tener bases jurídicas en el Derecho originario o primario, resulta más relevante la normativa de carácter derivado, reguladora del derecho a la protección de datos, y, como veremos, de manera directa e indirecta, reguladora también de un derecho al olvido digital. El principal instrumento jurídico europeo en materia de protección de datos hasta 2016 fue la Directiva de protección de datos, estableciendo, a lo largo de su articulado, la necesidad de dotar a los usuarios de unos derechos y también la necesidad de crear unas obligaciones para los responsables del tratamiento de datos, en aras de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas en la Red; todo ello a través de derechos y deberes relacionados con la rectificación, oposición y supresión del tratamiento de datos en determinadas circunstancias⁶³³. Estas disposiciones, junto con el hecho de que la Directiva se redactara con el objetivo principal de proteger los derechos y libertades fundamentales de los individuos, se deben interpretar más bien como el primer paso y el punto de partida del reconocimiento del que luego sería el derecho al olvido digital. El recientemente adoptado RGPD, moderniza el aparato jurídico regulador de la protección de datos. Este nuevo marco jurídico ha comportado una revisión global del sistema europeo de protección de datos, tanto en el ámbito formal como sustantivo, y ha supuesto no sólo un refuerzo del derecho a la protección de datos como pilar básico de las garantías y libertades en una Europa digitalizada, sino también un fortalecimiento de sus garantías.

El RGPD refleja en gran medida los principios ya establecidos en la Directiva anterior. Ahora bien, una de las novedades más relevantes del mismo se encuentra precisamente en la consagración específica y el refuerzo de ciertos derechos, que permiten un mayor control sobre el uso de los datos de carácter personal, entre ellos, el archiconocido “derecho al olvido”. En este sentido, cabe hacer mención del Considerando 65 del RGPD⁶³⁴, así como de su Considerando 66⁶³⁵, con alusión explícita a la finalidad del

privacidad e intimidad, y aquellos que reconocían el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental independiente y autónomo).

⁶³³ Vid. artículos 12(b), 12 (c) y 14(b) de la Directiva, entre otras.

⁶³⁴ Cuando afirma que “*los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido»[...] deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse [...]»*”.

⁶³⁵ Que apunta que “*a fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos*”.

derecho al olvido digital, bautizándolo como tal. Este derecho a obtener la eliminación de datos personales se reconoce y se regula expresamente en el artículo 17 bajo el título *Derecho de supresión («el derecho al olvido»)*. Hay autores que incluso consideran que es mejor hablar de “suprimir” que de “olvidar”. Unos advierten que todo derecho implica una correlativa obligación y que la obligación a obligar es un imposible⁶³⁶. Otros, sin intención de hacer un juego de palabras, recuerdan que este derecho no está sujeto al paso del tiempo (pudiendo ser aplicado tan pronto como se procesen los datos, sin necesidad de que transcurra un lapso temporal)⁶³⁷. No obstante, se puede apreciar el peso e influencia que llegó a tener el *caso Google Spain, SL*, que más adelante analizaremos, para el legislador europeo, pues dedica una disposición a lo que el TJUE llamó “derecho al olvido” digital. El artículo 17 RGPD establece la existencia de un derecho y un deber a la supresión de datos personales⁶³⁸. Sentado lo cual, el propio RGPD deja claro que el derecho al olvido digital no es absoluto ni automático, pues existen unas excepciones para su aplicación: a saber, el ejercicio de la libertad de expresión, el cumplimiento de una obligación legal o misión realizada por motivos de interés público o salud pública, con fines de archivo, de investigación científica, histórica, con fines estadísticos, y en caso de ser necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. Por lo tanto, como anunciaba en otro lugar, llegamos a dos conclusiones principales:

“En primer lugar, el hecho de que exista una protección reforzada para los usuarios a través de un mayor control sobre sus propios datos personales hace que la adopción del nuevo RGPD sea un paso importante hacia la reafirmación de que la dignidad y libertad personal deben tener garantías específicas a través de una autodeterminación informativa que permita a los usuarios colocarse en igualdad de condiciones para enfrentarse a los daños potenciales que brinda la hipermnesia del mundo virtual y el uso que de sus datos se haga en él. Si hacemos una lectura atenta del RGPD, observamos que el derecho al olvido que consagra el artículo 17 supone la facultad o el poder de cada individuo de decidir sobre la facilidad o

⁶³⁶ PAZOS CASTRO, R.: “El mal llamado ‘derecho al olvido’ en la era de Internet”, *Boletín del Ministerio de Justicia (Estudio doctrinal)*, núm. 2138, 2015, p. 6.

⁶³⁷ CARNEROLI, S. : *Le droit à l’oubli. Du devoir de mémoire au droit à l’oubli*, Larcier, Bruselas, 2016, p. 72.

⁶³⁸ A grandes rasgos, cuando estos ya no sean necesarios para los fines con los que fueron recogidos o tratados, cuando el interesado retire su consentimiento, cuando el interesado se oponga al tratamiento y no existan motivos fundados para continuar con dicho tratamiento, cuando los datos hayan sido tratados ilícitamente, cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la UE o nacional y cuando se hayan obtenido mediante una oferta de servicios electrónicos

imposibilidad de acceso de sus propios datos personales. Así pues, el derecho al olvido se enmarca dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo y el respeto a su vida privada e intimidad en el ámbito digital. Y, en segundo lugar, el RGPD, como la jurisprudencia a todos los niveles y la doctrina no se cansan de apuntar, nos recuerda que ningún derecho es absoluto y que debe de existir un equilibrio entre derechos e intereses, siendo las llamadas libertades informativas (libertad de expresión, derecho y deber de información, principalmente) un contrapeso, que se vehicula mediante excepciones a la regla general”⁶³⁹.

Si bien algunos ponen en duda la novedad del art 17 RGPD, es indiscutible que como mínimo, el elemento más novedoso que establece es precisamente la obligación de los responsables del tratamiento, receptores de una solicitud “bona fide”⁶⁴⁰ de supresión de datos personales, cuando estén obligados a aceptarla, y teniendo en cuenta la tecnología a su alcance, a informar a demás entidades que conozcan o presupongan estén tratando dichos datos: *“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”* (art. 17.2 RGPD).

Siguiendo los pasos del RGPD, la Directiva Policial y el RIPD, instrumentos normativos ya referenciados en el capítulo precedente como componentes clave del marco paneuropeo de protección de datos en la UE, han reconocido el derecho al olvido. Haremos una brevísima referencia a su materialización normativa pues efectuaremos un examen más detallado en el *Capítulo V* cuando formulemos propuestas de regulación de situaciones concretas de vulnerabilidad.

Así, la Directiva Policial recoge, como derecho del interesado y subsecuente obligación del responsable de tratamiento, el derecho al olvido únicamente en su faceta de derecho de supresión de datos (y así titula su correspondiente artículo) habilitando su ejercicio cuando el tratamiento no cumpla con los principios del tratamiento (tienen

⁶³⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles del derecho al olvido...*op. cit.*, p. 243.

⁶⁴⁰ Así lo consideran ERDOS, D. y GARSTKA, K.: “The Right to be Forgotten Online...*op.cit.*, p. 4.

especial relevancia el principio del consentimiento, el principio de limitación de la finalidad o el principio de minimización de datos, por ejemplo), cuando infrinja el principio de licitud del tratamiento o cuando conculque la prohibición o salvaguardias especiales para las categorías especiales de datos personales. El artículo correspondiente concretamente establece que:

*“los Estados miembros exigirán al responsable del tratamiento suprimir los datos personales sin dilación indebida y dispondrán el derecho del interesado a obtener del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan sin dilación indebida cuando el tratamiento infrinja los artículos 4, 8 o 10, o cuando los datos personales deban ser suprimidos en virtud de una obligación legal a la que esté sujeto el responsable del tratamiento”*⁶⁴¹.

En cuanto a sus excepciones, propias del ámbito policial y judicial, alude a la limitación del tratamiento cuando no haya quedado todavía o no quede legitimada la supresión absoluta por existir una razón justificada para su conservación: *“cuando: a) el interesado ponga en duda la exactitud de los datos personales y no pueda determinarse la exactitud o inexactitud, o b) los datos personales hayan de conservarse a efectos probatorios”*⁶⁴².

En línea con el RGPD y no en la de la Directiva Policial, el RIPD, reconoce tanto un derecho de supresión como un derecho al olvido, o al menos decide hacer esa distinción en el título de su correspondiente artículo. De tal manera, consagra el derecho del interesado a solicitar la supresión de los datos personales para las mismas circunstancias y con las mismas excepciones que establece el RGPD⁶⁴³. Asimismo, contemplamos que tampoco es novedad la obligación de notificación que establece relativa a la supresión de datos a los interesados y destinatarios⁶⁴⁴. En el fondo, el derecho al olvido queda diseñado como un “derecho de contornos precisos”⁶⁴⁵ ejercicio del cual queda relegado a supuestos fijados normativamente.

En lo que se refiere al derecho a la protección de datos de carácter personal, en general, y al derecho al olvido digital, en particular, podríamos destacar, entre otros muchos

⁶⁴¹ Vid. art. 16.2 de la Directiva Policial.

⁶⁴² Vid. art. 16.3 de la Directiva Policial.

⁶⁴³ Vid. art. 19.1 y 19.2 del RIPD.

⁶⁴⁴ Vid. art. 21 del RIPD.

⁶⁴⁵ COBACHO LÓPEZ, A.: “Reflexiones en torno...*op.cit.*”, p. 206.

instrumentos del *soft governance*⁶⁴⁶ de la UE, la *Comunicación sobre el intercambio y protección de datos de carácter personal en un mundo globalizado*⁶⁴⁷, en la que se aboga por un ‘proteccionismo digital’ y se recuerda que los derechos de las personas en el mundo digital, y aquí se podría incluir desde la intimidad informática (o privacidad), y en última instancia la dignidad humana, no son mercancías con las que se pueda comercializar o negociar de manera arbitraria e ilimitada. Cabe citar, además, la Comunicación y el documento de trabajo que la acompaña sobre *La construcción de una economía de los datos europea*⁶⁴⁸, en la cual no sólo se enfatiza la necesidad de una verdadera y libre circulación de datos en la economía y sociedad actual, sino que además trata de proponer soluciones para garantizar un derecho efectivo a la protección de los datos, con iniciativas para evitar prácticas abusivas y exclusivas de explotación de datos personales y para devolverle a los usuarios poder de control sobre su propia información personal; desarrollando derechos emergentes como la portabilidad⁶⁴⁹, y medidas técnicas para evitar la revelación y hacer inaccesibles ciertos datos, en especial los confidenciales⁶⁵⁰. Más recientemente, tenemos la Comunicación sobre la aplicación directa del RGPD⁶⁵¹ en la que se pone de manifiesto la necesidad de desarrollar los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto y establece que el nuevo marco europeo de protección de datos fortalece los derechos de las personas a través de garantías como el derecho al olvido⁶⁵².

2.2. Jurisprudencia pertinente

La labor pretoriana del TJUE en materia de derechos fundamentales es indudable. La jurisprudencia emergente del TJUE, en lo que atañe a temas de protección de datos, y recientemente, con relación al derecho al olvido digital, ha sido motivo de gran desarrollo,

⁶⁴⁶ Que han hecho, en general, especial hincapié en aumentar el control de los ciudadanos sobre sus datos, procurando dotarles de un derecho efectivo al olvido digital, así como en mejorar los medios que permiten el ejercicio de los derechos en juego.

⁶⁴⁷ COM(2017) 7 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World” (por su título en inglés).

⁶⁴⁸ COM(2017) 9 final y SWD(2017) 2 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “La construcción de una economía de los datos europea”.

⁶⁴⁹ *Id.*, pp. 12 y 18.

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 13.

⁶⁵¹ COM(2018) 43 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018”.

⁶⁵² *Id.*, p. 3.

al reconocer no solo la protección de la vida privada e intimidad de las personas, a la luz de la revolución tecnológico-digital, sino también, al reconocer y reforzar nuevos derechos en aras de garantizar su efectividad. Antes de analizar en profundidad los desarrollos jurisprudenciales recientes, resulta pertinente, al menos, recordar determinadas sentencias del TJUE en su perfeccionamiento del derecho fundamental a la protección de datos, como precursor del derecho al olvido digital. En esta línea, cabe referenciar el asunto *Digital Rights Ireland Ltd*⁶⁵³; en este último fue donde el TJUE aludió a un derecho fundamental a la protección de datos y a la vida privada⁶⁵⁴ desarrollando parámetros constitucionales europeos cuando entran en juego derechos fundamentales, aplicando un examen de proporcionalidad más estricto, con el fin de proteger, de manera efectiva y real, aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico europeo. Además, por su peso específico, parece necesario destacar, aunque no directamente relacionado con el derecho al olvido digital, y para comprender el modelo garantista europeo con el respecto a la privacidad, el Asunto *Schrems*⁶⁵⁵ como ejemplo. A continuación, se analizarán más detenidamente los que consideramos hitos jurisprudenciales, dado el reconocimiento formal y el perfeccionamiento hermenéutico de un derecho al olvido digital.

⁶⁵³ Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Seitlinger y otros*, STJUE de 8 de abril de 2014 donde el TJUE introdujo un examen de control estricto, a través de un test de proporcionalidad riguroso de los actos legislativos de la Unión que interfieren ponderadamente con los derechos a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal, concluyendo que la mera obligación de conservación de datos de carácter personal era, por sí sola, una injerencia tanto en el derecho a la vida privada como en el derecho a la protección de datos, calificándolas de grandes, graves y generadoras de un sentimiento de que la vida privada es objeto de una vigilancia constante.

⁶⁵⁴ Del mismo modo, cabe mencionar el Asunto C-230/14, *Weltimmo s.r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információs Zsábadás Hatoság*, STJUE 1 de octubre de 2015.

⁶⁵⁵ Asunto C-362/14, *Schrems v. DP Commissioner*, STJUE de 6 de octubre de 2015 que versaba sobre la transferencia de datos personales a países terceros y su conformidad con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Aquí, el TJUE aplica un test de necesidad estricta en aquellos casos en los que hay una injerencia y limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 7 y 8 de la CDFUE, relativos a la vida privada y a la protección de datos. Hace esto a través de la provisión de un listado de condiciones específicas y estándares mínimos que debe reunir la legislación que interfiere con el derecho fundamental a la protección de datos o a la vida privada para que se considere dicha injerencia “estrictamente necesaria” o no. Asimismo, cabe resaltar el papel destacado que el propio TJUE tiene en la interpretación y protección del derecho a la protección de datos de carácter personal, todo lo cual confirma la línea adoptada por el TJUE en el Asunto *Google Spain*, que analizaremos a continuación, marcando la distancia entre las garantías europeas y las estadounidenses en materia de protección de datos, pues en la UE se requiere una protección total, impidiendo que ciertas posibilidades que otorga Internet, como es la proliferación de los motores de búsqueda, el uso de las redes sociales o la ruptura de los límites espacio-temporales queden al margen de los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales. Un análisis exhaustivo, desde la óptica de los datos técnicos y el derecho al secreto de las comunicaciones en RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 100 (septiembre-diciembre) 2017, pp. 347-404.

2.2.1. El Asunto *Google Spain*

En primer lugar, el Asunto *Google Spain, SL*⁶⁵⁶ versaba, de manera resumida, sobre información personal vinculada a una subasta de bienes inmuebles embargados con el objetivo de subsanar deudas a la Seguridad Social; información que había sido publicada, en su día y por imperativo legal, en un periódico de tirada nacional, y décadas después, fue digitalizada y previsiblemente indexada por Google, motor de búsqueda en Internet. Así, surgían dudas sobre el tratamiento y procesamiento de dichos datos, la interpretación de qué se consideraba controlador de datos y el alcance de los derechos del interesado. Lo cierto es que el litigio, oficialmente entre Google Spain S.L., y Google Inc., por un lado, y la AEPD y el interesado, el Sr. Costeja González, por otro, empezó, como es evidente, en sede nacional. El Sr. Costeja, ante el recuerdo constante de un pasado lejano que no se correspondía con la realidad en el momento de interposición de la demanda, reclamó ante la AEPD el borrado de los datos personales que le concernían en relación con la correspondiente noticia digitalizada así como su retirada en la búsqueda de resultados del motor de búsqueda de Google. Si bien la AEPD estimó parcialmente su reclamación (no prosperando su petición contra el periódico como fuente original), Google se oponía a la legalidad de dicho acto administrativo mediante el cual se le ordenaba adoptar las medidas necesarias para retirar los datos personales del Sr. Costeja de su índice de resultados e imposibilitar el acceso futuro a los mismos.

Ante las dudas surgidas sobre la interpretación de la Directiva reguladora de la materia y la CDFUE, la Audiencia Nacional elevó una cuestión prejudicial al TJUE para aclarar cuestiones relativas al tratamiento de datos contenidos en sitios de Internet, los sistemas de búsqueda, indexación y almacenamiento de estos datos por parte del gestor del motor de búsqueda, y consecuentemente el alcance de su responsabilidad y obligación con respecto a la efectividad de los derechos del interesado. Según el TJUE, en lo que al tratamiento y procesamiento de datos se refiere, este indudablemente incluye la exploración en Internet de manera automatizada, constante y sistemática, en búsqueda de información publicada y la facilitación de dicha información, considerándolo a su vez controlador de datos de carácter personal. Con relación al reconocimiento de un derecho al olvido, el TJUE concluyó que el interés económico de un motor de búsqueda no puede

⁶⁵⁶ Asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014.

justificar ni prevalecer sobre la injerencia en los derechos fundamentales del interesado⁶⁵⁷.

Así pues, el TJUE clarificó que los motores de búsqueda en Internet, a través de los datos personales proporcionados en sus listas de resultados, crean un perfil detallado del individuo, y que, en una sociedad cada vez más digitalizada, el requisito o la necesidad de que los datos personales sean exactos y de que su divulgación no exceda de lo necesario, supone valorar cuidadosamente el interés del público en obtener dicha información y la garantía efectiva de un nivel elevado de protección del derecho fundamental a la protección de datos. De este modo, estableció que el procedimiento y resultados, ofrecidos por un motor de búsqueda, que suponen el acceso inmediato y universal a información irrelevante u obsoleta, va más allá de lo necesario, y, por ende, que se debe borrar la información personal y los vínculos de la lista de resultados cuando el interesado así lo solicite, en aras a garantizar una protección eficaz del derecho a la vida privada y a la protección de datos⁶⁵⁸. Esto parece comprensible, pues un ciudadano debe poder reaccionar ante la difusión masiva y puesta a disposición instantánea e irrestricta de información personal en un sistema tan universal como es la red Internet; así pues, no ha de resignarse⁶⁵⁹ a que su reputación, su identidad, su intimidad o su mismísima dignidad se vean descontextualizadas y comprometidas.

Esta decisión ha supuesto la consagración definitiva del derecho a ser olvidado, o en otras palabras, el derecho a que nuestra información personal sea menos accesible, en el mundo digital. Se ha reconocido a nivel europeo el derecho de los ciudadanos a solicitar que cualquier motor de búsqueda, en determinadas circunstancias, elimine la información considerada irrelevante para los demás y que podría perjudicar un elenco de derechos personalísimos del afectado. Así, observamos que, tras otorgársele carta de naturaleza *iusfundamental* a una serie de contenidos sustantivos de los derechos a la privacidad y a

⁶⁵⁷ Vid. apartado 81 de la STJUE de 13 de mayo de 2014: “[...] derechos de esa persona [...] prevalecen [...] sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante, este equilibrio puede depender, [...] de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público [...] puede variar, [...] en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública”

⁶⁵⁸ Vid. apartado 99 de la STJUE de 13 de mayo de 2014: “[...] puede [...] solicitar que la información [...] ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona [...]”.

⁶⁵⁹ ARENAS RAMIRO, M.: “Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google v. AEPD)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 552-553.

la protección de datos, como es la garantía del derecho al olvido en la era digital, obtenemos una “denominación de origen europea”⁶⁶⁰ de lo que significa este nuevo derecho, no habiendo sido definido con anterioridad de manera tan rotunda en la UE.

No obstante, a pesar de la consagración jurisprudencial del derecho al olvido, la decisión jurisprudencial ha dejado otras cuestiones relacionadas sin aclarar. Según parte de la doctrina, la sentencia adolece de suficiente claridad con respecto al ámbito material y territorial de este nuevo derecho, debiéndose definir de una manera que sea proporcional a la capacidad real de aplicarlo en la práctica, si lo que se pretende es proteger, de manera efectiva, los derechos fundamentales⁶⁶¹. De hecho, la preocupación por los efectos extraterritoriales de la jurisprudencia asentada en esta sentencia ha sido notable, no tanto *ratione materiae*, sino más bien *ratione personae*⁶⁶². Por un lado, *ratione materiae*, a pesar de que la información existe y es accesible en la Red a través de la fuente original, el TJUE declaró que el procesamiento que efectúa el motor de búsqueda es independiente y adicional al realizado por estos *sitios host* debido a la función instrumental de los motores de búsqueda para difundir datos de terceros y proporcionar una visión general estructurada de la información relacionada con el individuo, causando así un daño adicional al de la publicación de origen. En efecto, los derechos valen tanto como sus garantías, por lo que las garantías de los derechos fundamentales de la Directiva de protección de datos no se podrían aplicar si los motores de búsqueda estuvieran fuera de su alcance, razón por la cual el TJUE concluyó que los operadores de motores de búsqueda son encargados del tratamiento. Por otro lado, *ratione personae*, a pesar de gozar el establecimiento español de Google Inc de personalidad jurídica independiente, el TJUE, interpretando de manera amplia la Directiva, decidió no brindarle un “escudo jurisdiccional” y desarrollar la llamada “doctrina de la personalidad corporativa propia”⁶⁶³ siempre y cuando el tratamiento de los datos se realizara en el contexto de las actividades, en sentido amplio, de un establecimiento del controlador. No obstante, según Stute, el TJUE, a pesar de centrarse en una interpretación teleológica de la norma

⁶⁶⁰ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información...*op.cit.*, p. 20.

⁶⁶¹ *Vid.* por todos, KUNER, C.: “The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, núm. 3, 2015, p. 21; SVANTESSON, D.: “The Google Spain case: Part of a harmful trend of jurisdictional overreach”, *EUI Working Paper RSCAS*, núm. 45, 2015.

⁶⁶² STUTE, D.J.: “Privacy Almighty? The CJEU's Judgment in Google Spain SL v. AEPD”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, núm. 4, 2015, pp. 649-680.

⁶⁶³ *Id.*, p. 661.

controvertida, refiriéndose a la intención legislativa de evitar la elusión técnica de la misma, de considerar la matriz y el establecimiento local inextricablemente vinculados en cuanto existe un establecimiento para la promoción o financiación del funcionamiento de la primera, no afianza la seguridad jurídica, pues no determina los factores o elementos determinantes por los que llegó a dicha conclusión⁶⁶⁴.

No obstante lo anterior, la doctrina elaborada en esta sentencia permitirá a los ciudadanos ejercer su derecho a reclamar ser olvidados en la red directamente ante el gestor del motor de búsqueda, independientemente de la visibilidad o accesibilidad de la fuente original de la información, lo cual también ha generado no pocas preguntas acerca de su efecto extensivo e injerencia en la libertad de expresión. Quizás por ello, algunos autores han definido el derecho al olvido no como derecho a eliminar contenidos en línea sino como derecho a controlar el tratamiento de búsquedas a través de nombres⁶⁶⁵. Si bien, como no podía ser de otra manera, el TJUE reconoce que el derecho al olvido, al igual que cualquier otro derecho, no es absoluto⁶⁶⁶, en este caso concreto se decanta inmediatamente por el derecho a la protección de datos y su vertiente en el derecho al olvido, priorizándolos por delante de los derechos económicos de los operadores de los motores de búsqueda y de otros derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión⁶⁶⁷, todo lo cual se verá con detenimiento más adelante en este mismo capítulo.

En suma, esta decisión fue adoptada para resolver un conflicto entre los derechos fundamentales de las personas (derecho a la intimidad, vida privada y libre desarrollo de la personalidad) por una parte y la libertad de expresión, derecho a la información e

⁶⁶⁴ *Id.*, pp. 662-663. Así resume este problema: “Nevertheless, the Court’s ruling is unambiguous as to search engines operated abroad: member state jurisdiction for privacy claims exists where there is an establishment in a member state intended to help fund and promote the operation of the search engine [...] member state-subsidiary basis for extraterritorial jurisdiction not only eliminates the shield of the ‘separate corporate identity’ doctrine but also provides a potent sword for assertions of personal jurisdiction under the Directive”.

⁶⁶⁵ FROSIO, G.F.: “The Right to be Forgotten: Much Ado about Nothing”, *Colorado Technology Law Journal*, Vol. 15, núm. 2, 2017, p. 326.

⁶⁶⁶ *Vid.* apartado 85 de la STJUE de 13 de mayo de 2014.

⁶⁶⁷ Y sin embargo, parte de la doctrina ha criticado y ha considerado la conclusión del TJUE discutible por otorgarle una prevalencia excesiva al derecho del afectado. En este sentido, *vid.* VILASAU SOLANA, M.: “El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 18, 2014, p. 24. De hecho, tal como han apuntado algunos autores, “la fuerza expansiva del derecho al olvido ante los buscadores resulta extraordinaria y no conoce más límite que el que derive de la valoración del interés público de informaciones personales ponderado, sobre razones concretas, con la injerencia provocada en derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos personales” (RALLO LOMBARTE, A.: “Caso Google vs. España. Sentencia del TJUE 13 de mayo de 2014: La garantía del derecho al olvido en internet”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 886, 2014, pp. 8-9).

intereses económico-sociales por otra. A pesar de no considerarse el TJUE como un tribunal especial de derechos humanos, es innegable la función en la que ha ido autoafirmándose en aras de salvaguardar la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales en Europa. De cara al enfoque basado en los derechos fundamentales y en la existencia de un derecho subjetivo al olvido digital que persigue este trabajo, es importante mencionar que el contenido de esta sentencia subraya que, a la luz de los artículos 7 y 8 de la CDFUE, y a la luz del *telos* de la normativa derivada en materia de protección de datos, un individuo tiene derecho a solicitar que la información relativa a su persona, en una lista de resultados de un motor de búsqueda, no se incluya, se elimine de la misma o se impida su acceso. El TJUE, de conformidad con un mandato acertadamente autoimpuesto, ha tratado de ofrecerle a la persona un derecho a controlar su identidad e imagen en el contexto de la transformada era de Internet.

2.2.2. El Asunto *Manni*

Llegados a este punto, en el que nos percatamos de la estrecha relación entre los derechos personalísimos, el derecho fundamental a la protección de datos y la garantía novedosa del derecho al olvido en la era digital, cabe analizar el *Asunto Manni*⁶⁶⁸, que junto con el supracitado *Asunto Google Spain S.L.*, constituye un hito jurisprudencial del TJUE al versar de manera estricta, sobre el derecho al olvido digital, presentando gran interés al delimitar el alcance del mismo.

El TJUE, en su sentencia de 9 de marzo de 2017⁶⁶⁹ tenía que responder, esencialmente, a si las personas físicas, cuyos datos se encuentran grabados en un registro de sociedades, gozan de un derecho al olvido. En otras palabras, si su poder de control sobre los propios datos personales supone un derecho a que los mismos sean suprimidos o anonimizados, o, al menos, a que se limite su publicidad, restringiendo la facultad de acceder a los mismos, a pesar de hallarse en un registro público cuando haya transcurrido un

⁶⁶⁸ Asunto C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni*, STJUE de 9 de marzo de 2017. El caso versaba sobre dudas suscitadas de cómo interpretar el Derecho de la UE con respecto a la Directiva de protección de los datos (95/46/CE) y la Directiva sobre la publicidad de los actos de las sociedades (68/151/CEE), y saber si estas se oponen a que cualquiera pueda acceder, sin límite temporal, a datos de personas físicas que figuren en un registro de personas jurídicas.

⁶⁶⁹ Para un análisis detallado de la sentencia y de las conclusiones del Abogado General, *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-SAÉZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65, núm. 2, 2017, pp. 139-176.

determinado periodo de tiempo. El TJUE, por un lado, confirma que los datos de carácter personal que figuran en los registros societarios no pierden su naturaleza de dato de carácter personal por el mero hecho de formar parte del ámbito de una actividad profesional vehiculada a través de una persona jurídica⁶⁷⁰; por otro lado, confirma que el registro de sociedades implica un tratamiento de datos personales⁶⁷¹. En segundo lugar, el TJUE recuerda que las Directivas en cuestión tienen como finalidad garantizar un nivel elevado de protección de derechos fundamentales, en particular el respeto de la vida privada en relación con el tratamiento de datos personales, estableciendo la rectificación o incluso oposición al tratamiento de dichos datos en determinadas circunstancias⁶⁷², y que cuando de un tratamiento de datos personales llevado a cabo por una autoridad pública se trata, este puede responder a causas legítimas tales como el respeto a una obligación legal o la realización de un interés público, como ya se había pronunciado con anterioridad el propio TJUE⁶⁷³.

Para nuestro interés aquí, el TJUE señala que, para determinar si existe una obligación de supresión o bloqueo de datos personales contenidos en un registro de sociedades, y, por tanto, para determinar un derecho a solicitarlos, se habrá de estar a la finalidad de la inscripción y su tipo de inclusión⁶⁷⁴. En el caso de la Directiva sobre la publicidad de los actos de las sociedades, el TJUE señala que esta tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica en el marco de una relación comercial⁶⁷⁵. De la misma forma, el TJUE hace alusión a las posibilidades de subsistencia de derechos, deberes y relaciones jurídicas tras el cese de una actividad mercantil o de la liquidación de una sociedad; siendo el conocimiento de dicha información relevante para terceros interesados en entrar en una relación comercial⁶⁷⁶. Más adelante, el TJUE concluye que, en lo que se refiere a un plazo razonable de tiempo tras la liquidación societaria para ejercer un derecho al olvido de datos ‘innecesarios’, resulta imposible fijarlo, y por ende, considera inadecuado fijar uno

⁶⁷⁰ Vid. apartado 34 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁶⁷¹ Vid. apartado 35 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁶⁷² Vid. apartado 38 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁶⁷³ Vid. apartados 41 y 42 de la STJUE de 9 de marzo de 2017 que establecen que: “*la actividad de una autoridad pública consistente en almacenar [...] datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos [...] incluida en el ejercicio de prerrogativas del poder público [...]*”.

⁶⁷⁴ Vid. apartado 48 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁶⁷⁵ Vid. apartados 49 y 50 de la STJUE de 9 de marzo de 2017: “[...] como garantía respecto a terceros, [...] la publicidad debe permitir a los terceros conocer los actos esenciales de la sociedad y ciertas indicaciones relativas a ella, concretamente la identidad de las personas que tienen el poder de obligarla [...] [para] que toda persona deseosa de establecer y mantener relaciones comerciales con sociedades radicadas en otros Estados miembros pueda fácilmente tomar conocimiento de los datos esenciales [...]”.

⁶⁷⁶ Vid. apartados 52 y 53 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

para la supresión o limitación a acceso de datos de carácter personal⁶⁷⁷. Además, concluye que no cabe derivar de la Directiva de protección de datos un derecho a obtener la supresión de tales datos, o en otras palabras, un derecho al olvido digital, en el contexto de registros societarios, tras superar este un examen lógico de necesidad y proporcionalidad⁶⁷⁸.

No obstante, el TJUE deja la puerta abierta al triunfo futuro del derecho al olvido en este contexto al apuntar que no cabe excluir terminantemente la posibilidad de que puedan existir razones preponderantes y legítimas en un caso concreto, que justifiquen un análisis excepcional de regla genérica, permitiendo una restricción de acceso a datos personales, inscritos en un registro mercantil, al expirar un plazo concreto, lo que no se consideró justificado en este caso concreto⁶⁷⁹. Por lo tanto, y según lo precisado en otro lugar, la sentencia se puede resumir de la siguiente manera:

“en primer lugar, como regla general, y por razones imperiosas de interés general en el ámbito de los intercambios económicos, no cabe extender el derecho al olvido digital a los datos de carácter personal de las personas físicas inscritas en los registros de personas jurídicas o sociedades, consagrando un nuevo límite al derecho al olvido digital, y, en segundo lugar, que, en situaciones concretas, puede haber razones fundadas para que, excepcionalmente, se pueda ejercitar un derecho al olvido digital, limitando el acceso a datos personales de un registro mercantil tras el paso de un tiempo lo suficientemente largo. El TJUE, estratégicamente, y como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta los sistemas de protección de los derechos fundamentales en el seno de UE, deja la puerta abierta para poder proteger de manera efectiva y en un futuro, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en general, y el derecho al olvido digital, en particular”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Vid. apartados 55 y 56 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁶⁷⁸ Vid apartados 57 a 60: “imponen la publicidad únicamente de un número limitado de datos personales [...] los relativos a la identidad y las funciones respectivas de las personas que tienen poder para vincular a la sociedad de que se trate respecto de terceros [...] prevé la publicidad de los datos [...] implica un riesgo económico acrecentado para éstos [...] prevalece, en principio, la necesidad de proteger los intereses de terceros [...] y de garantizar la seguridad jurídica, la lealtad de las transacciones comerciales y, de este modo, el buen funcionamiento del mercado interior[...].”

⁶⁷⁹ Vid. apartados 60 *in fine*, 61 y 63 de la STJUE.

⁶⁸⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-SAÉZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*, p. 156.

2.2.3. El Asunto *Google LLC v. CNIL*

Este asunto⁶⁸¹ versa sobre una petición de decisión prejudicial planteada por *el Conseil d'État* francés sobre el alcance del derecho al olvido, en su vertiente de derecho a la desindexación o a la retirada de enlaces de la lista de resultados de un motor de búsqueda, en general, y, concretamente, sobre la extensión del nombre de dominio en la que se pretende hacer inaccesible la información personal correspondiente. Este caso versaba sobre la negativa de Google a atenerse al requerimiento del organismo independiente de control de protección de datos francés, la Comisión Nacional de Informática y Libertades, tras la estimación de una solicitud de supresión de datos personales, de eliminar de las listas de resultados de todas las extensiones de nombre dominio aquellos enlaces que dirigían a una serie de páginas web mediante la búsqueda de un nombre. En otras palabras, el caso versaba sobre la efectividad de la garantía del derecho al olvido y su potencial alcance allende la extensión geográfica del país europeo en el que se produjo el litigio.

Esto tiene especial relevancia si tenemos en cuenta, como sostenía el Consejo de Estado francés, que, por un lado, la información depositada en este motor de búsqueda es accesible en cualquier territorio y bajo cualquier nombre de dominio, y, por otro, que existe una suerte de “pasarelas entre esos distintos nombres de dominio”, o en otras palabras, que existe un “redireccionamiento automático” a través de las diferentes extensiones del motor de búsqueda. Además, la necesidad de un esclarecimiento hermenéutico de la norma y el precedente europeo sobre esta cuestión resulta también evidente, si tenemos en cuenta que ninguna precisa si tiene una limitación geográfica, y por tanto, si ello obliga a un motor de búsqueda a retirar sólo aquellos enlaces de resultados controvertidos obtenidos como consecuencia directa de una búsqueda realizada a partir de un nombre en el dominio correspondiente a la dirección IP del interesado, o, por el contrario, en todos los enlaces independientemente del dominio utilizado. De manera complementaria, se lanza la misma pregunta con respecto a la técnica del bloqueo geográfico.

Sobre esto último, Google, de hecho, se acogía a que los usuarios no pueden, automáticamente, acceder a las versiones extranjeras de Google escribiendo en sus correspondientes navegadores el enlace URL con un dominio geográfico distinto al vinculado a su dirección IP. No obstante, cabe apuntar que esta práctica no es eficaz, y

⁶⁸¹ Asunto C-507/17, *Google LLC v. CNIL*, STJUE de 24 de septiembre de 2019.

así lo consideraba la agencia de protección de datos francesa, pues los usuarios pueden fácilmente superar esta barrera técnica modificando los parámetros y las configuraciones de búsqueda o utilizando una conexión o red VPN con la que fingen estar en un territorio diferente.

El Abogado General (“AG”, en adelante) asignado al asunto propuso al TJUE interpretar el derecho europeo en materia de protección de datos a favor de la retirada de enlaces a nivel europeo⁶⁸², o en otras palabras, considera que el gestor del motor de búsqueda estará obligado a suprimir los enlaces de los resultados obtenidos tras una búsqueda efectuada desde cualquier territorio parte de la UE. Recuerda que la supracitada STJUE Google Spain no determina el alcance geográfico de la aplicación de este derecho emergente⁶⁸³, aunque sí lleva a cabo un examen sobre el ámbito de aplicación territorial de la normativa vigente sobre protección de datos requiriendo únicamente un tratamiento de datos personales en el marco de actividades del motor de búsqueda con sede en un país tercero, aunque ello fuera una mera asistencia y apoyo a su actividad publicitaria en un territorio europeo⁶⁸⁴. Esta interpretación la llevó a cabo sobre la base de que la normativa europea de protección de datos trata de garantizar una protección eficaz y completa de los derechos fundamentales y bajo el criterio de *favor libertatis*. Aplicó por tanto, una interpretación teleológica y amplia de la norma en clave *iusfundamental*.

No obstante lo anterior, y según la interpretación autónoma que hace del art. 52 TUE, el AG Szpunar, si bien alude al carácter excepcional de los efectos extraterritoriales del Derecho de la UE en materia del Derecho de la competencia o de marcas, considera que el ámbito de aplicación territorial de la normativa europea en materia de protección de datos, en general, no puede ni debe ampliarse más allá de las fronteras territoriales de la Unión, es decir, de las de sus Estados miembros. Además, alude a que no se puede comparar la extraterritorialidad de las normas de competencia o de derechos de marcas con las de la protección de datos, puesto que las primeras quedan limitadas por el mercado interior europeo, claramente delimitado en los tratados constitutivos, mientras que la Red es mundial y omnipresente⁶⁸⁵. En nuestra opinión, por un lado, el argumento no es suficientemente persuasivo y consideramos que, aunque se podría razonar a través de una

⁶⁸² Vid. apartado 46 de las Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, presentadas el 10 de enero de 2019.

⁶⁸³ *Id.*, apartados 38 y 45.

⁶⁸⁴ *Id.*, apartado 40.

⁶⁸⁵ *Id.*, apartado 53.

interpretación exclusivamente basada en los derechos humanos, también puede perfectamente justificarse bajo las normas del Derecho internacional, como se observará, de manera más detallada, en el apartado de las garantías internacionales del siguiente capítulo.

Empero, y a modo de presentación, es bien conocido que la privacidad y la protección de datos, por cuenta de la internacionalización del comercio y la transformación de las nuevas tecnologías, han adquirido naturaleza transnacional, o si se prefiere, han obtenido elementos de extranjería. El procesamiento y transferencia internacional de información, en general, y de datos personales, en particular, es una realidad insoslayable y sin fronteras. Sin embargo, a pesar de que algunos han advertido que la extraterritorialidad de la normativa europea en materia de privacidad y protección de datos, como parte de una “apuesta global” hacia el denominado *data protectionism*⁶⁸⁶, conducirá a situaciones injustas, anti-democráticas y a un proceso peligroso de petrificación de la soberanía westfaliana en un entorno sin fronteras⁶⁸⁷, esta quedaría escudada por fuentes internacionales tales como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”, en adelante) y los principios inspirados en la costumbre internacional. Así, el art. 17 y el art. 2.1 del PIDCP⁶⁸⁸ a través de una interpretación conjunta, inducen a pensar, por un lado que el derecho a la protección contra injerencias en la privacidad o la información personal debe garantizarse independientemente de los orígenes geográficos de dichas injerencias, y por otro lado, que los Estados contratantes tienen la obligación de exigir su competencia judicial, en sentido amplio, cuando de injerencias de los derechos de privacidad y protección de datos, de las personas situadas dentro de su

⁶⁸⁶ FROSIO, G.F.: “The Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 307.

⁶⁸⁷ *Vid.*, por todos, FLEISCHER, P.: “Reflecting on the Right to be Forgotten”, *Google in Europe Blog: the Keyword*, 9-11-2016. Disponible en: <http://blog.google/topics/google-europe/reflecting-right-be-forgotten/>; KELLER, D.: “Global Right to be Forgotten Delisting. Why CNI is Wrong”, *CIS Blog*, 18-11-2016. Disponible en: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2016/11/global-right-be-forgotten-delisting-why-cnll-wrong/>; y DEMCHAK, C. y DOMBROWSKI, P.: “Cyber Westphalia: Asserting State Prerogatives in Cyberspace”, *Georgetown Journal of International Affairs* (Vol. International Engagement on Cyber III: State Building on a New Frontier), 2013, pp. 29 y 33.

⁶⁸⁸ El primer precepto reza “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”. El segundo precepto establece: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

jurisdicción, se trata⁶⁸⁹. Asimismo, podemos citar algunos de los principios de territorialidad en lo que se refiere a la jurisdicción según la costumbre internacional⁶⁹⁰, así como la archiconocida doctrina de los efectos⁶⁹¹, pues revelan la necesidad de proteger, al menos en cuanto a la elección de la sede judicial, a aquellos que sufren los efectos de una práctica concreta, independientemente del territorio donde se origine. De este modo, cabe traer a colación, el principio de territorialidad objetiva (con un enfoque en la ubicación del equipo de tratamiento de los datos⁶⁹²), el principio de nacionalidad o personalidad pasiva (entendido como la jurisdicción de la nacionalidad del interesado afectado que suele coincidir con su lugar de residencia⁶⁹³) y la doctrina de los efectos (entendido como los efectos nefastos de la actuación en un país tercero del tratamiento de datos de carácter personal, independientemente de la existencia de un nexo directo⁶⁹⁴).

Por otro lado, cabe recordar que la actual y reformada normativa europea en materia de protección de datos, el RGPD, recoge, en su art. 3.2 la extraterritorialidad del mismo, extendiendo la jurisdicción europea sobre actividades y operadores ubicados fuera de la UE. El propio AG Szpunar hace referencia a dicho reglamento europeo, interpretándolo como favorable a su análisis sobre la delimitación territorial del derecho al olvido, aludiendo a que este es directamente aplicable en cada Estado miembro y al que hace

⁶⁸⁹ Más sobre estos temas, y paralelismos con otros derechos humanos se pueden encontrar en SVANTESSON, D.: “Fundamental Policy Considerations for the Regulation of Internet Cross-Border Privacy Issues”, *Policy and the Internet*, Vol. 3, núm. 3, 2011; así como en GIBNEY, M. y SKOGLY, S. (Eds): *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010; y en DE SCHUTTER, O., EIDE, A., KHALFAN, A., ORELLANA, M., SALOMON, M., y SEIDERMANF, I.: “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 2012, pp. 1084-1169.

⁶⁹⁰ Para un análisis más detallado, *vid.*, MILLER, S.F.: “Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity: The Need to Define and Establish the Boundaries of Cyberliberty”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, núm. 2, 2003, pp. 227-254; RYNGAERT, C.: *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; TALMON, S.: “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion” *European Journal of International Law*, Vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 417-443; y OPEN UNIVERSITY: *Exploring the boundaries of international law*, The Open University, Escocia, 2016, pp. 20-27.

⁶⁹¹ Con el análisis pionero de GERBER, D.J.: “Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, 1984, pp. 185-190.

⁶⁹² Este enfoque, según Kuner, es el adoptado por el TJUE en la interpretación del art. 4 de la Directiva de protección de datos, pues se basa en la realización de un acto. *Vid.* KUNER, C.: “Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet” *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 18, 2010, pp. 188-191. De similar manera lo confirma MOEREL, L.: “The Long Arm of EU Data Protection Law: Does the Data Protection Directive Apply to Processing of Personal Data of EU Citizens by Websites Worldwide?”, *International Data Privacy Law*, Vol. 1, núm. 2, 2011, pp. 28-29.

⁶⁹³ SVANTESSON, D.: “The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and its Practical Effect on U.S. Businesses”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 50, núm. 1, 2014, pp. 84-85.

⁶⁹⁴ *Id.*, pp. 85-86; y SVANTESSON, D.: *Private International Law and The Internet*, Wolters Kluwer Internacional, Dordrecht, 2016.

“sistemáticamente referencia a la Unión, al territorio de la Unión o a los Estados miembros”⁶⁹⁵.

El TJUE no obstante, formuló matizaciones. Concluyó que, si bien los motores de búsqueda están obligados a darle efectividad al derecho al olvido en todo el territorio de la UE, en cuanto responde al objetivo legítimo de la UE en otorgar un nivel elevado de protección de datos⁶⁹⁶, debido al “tratamiento de datos personales único”, que realizan, a la existencia de pasarelas digitales entre sus distintos dominios y al efecto multiplicador y universalizador de los servicios que ofrecen⁶⁹⁷ (lo que denomina “efectos inmediatos y sustanciales”⁶⁹⁸ en la UE), el derecho al olvido, como faceta del derecho fundamental a la protección de datos, en contraposición con las libertades informativas, no se contempla (o se contempla de manera diferente) allende del territorio europeo⁶⁹⁹ y no es un derecho absoluto pues este debe ser ponderado con otros derechos e intereses jurídicamente protegidos⁷⁰⁰. A la luz de este examen, ha establecido que la protección otorgada al interesado en lo que respecta al poder de control sobre sus datos personales no puede ejercitarse “*más allá del territorio de los Estados miembros*” ni pretende “*imponer a un gestor que, como Google, queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva o del Reglamento la obligación de retirar enlaces también de las versiones nacionales de su motor de búsqueda que no correspondan a los Estados miembros*”⁷⁰¹. De hecho, el TJUE además recuerda que la UE todavía no ha fijado mecanismos de cooperación con terceros estados sobre el ejercicio del derecho al olvido en tanto en cuanto derecho a la retirada de enlaces ubicados en dominios fuera de la Unión, y, por tanto no está obligado a retirarlos⁷⁰².

⁶⁹⁵ Vid. Apartado 77 de las Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, presentadas el 10 de enero de 2019.

⁶⁹⁶ Vid. Apartados 54-55 y 58 de la STJUE de 24 de septiembre de 2019.

⁶⁹⁷ Id. Apartados 52 y 56.

⁶⁹⁸ Id. Apartado 57.

⁶⁹⁹ Id. Apartado 59.

⁷⁰⁰ Id. Apartado 60: “*debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad [...] A esto cabe añadir que el equilibrio entre los derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales, por un lado, y la libertad de información de los internautas, por otro lado, puede variar significativamente en las distintas partes del mundo*”.

⁷⁰¹ Id. Apartado 62.

⁷⁰² Id. Apartados 64 y 65: “*a raíz de un requerimiento de una autoridad de control o judicial de un Estado miembro, no está obligado, con arreglo al Derecho de la Unión, a proceder a dicha retirada en todas las versiones de su motor [...] A la luz del conjunto de consideraciones anteriores, no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda [...] que proceda a la retirada de enlaces en todas las versiones de su motor*”.

No obstante lo anterior, el TJUE trascendió las conclusiones del AG. Efectúa una interpretación favorable del derecho al olvido, extendiendo su ejercicio efectivo en la totalidad del territorio de la Unión, en aras a garantizar el objetivo del nuevo RGPD que tiene una aplicación directa y pretende otorgar un nivel uniforme y elevado de protección dentro de la Unión, siempre y cuando no haya un elevado interés público en acceder a dicha información en otro Estado miembro, tras un examen concreto de ponderación entre las libertades informativas con fines periodísticos o de expresión literaria o artística⁷⁰³. Para facilitar este examen de ponderación en cada Estado miembro, y con el fin de llegar a consensos y decisiones uniformes en el territorio de la UE, el TJUE recuerda que el nuevo RGPD establece unos mecanismos de coherencia y procedimientos de urgencia para intervenir ante determinados margen de apreciación nacionales, adoptando medidas cautelares delimitadas con el objetivo de proteger los derechos y libertades del interesado, incluida la retirada de enlaces en la totalidad del territorio europeo, en casos excepcionalmente complicados⁷⁰⁴. En cualquier caso, los motores de búsqueda deberán, acorde con sus obligaciones técnicas establecidas en el art. 17 RGPD:

*“adoptar, en caso necesario, medidas suficientemente eficaces para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales del interesado. Esas medidas deben respetar en sí todas las exigencias legales y deben tener como efecto impedir o, al menos, dificultar seriamente a los internautas de los Estados miembros el acceso a los enlaces de que se trate mediante una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado”*⁷⁰⁵.

De manera resumida, el TJUE indica que el Derecho de la UE ni exige ni prohíbe la retirada de enlaces en la totalidad de los dominios de un determinado motor de búsqueda, y por tanto, será cada autoridad independiente de protección de datos la que deberá determinar, de conformidad con los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, la ponderación más adecuada a las circunstancias y los riesgos inherentes en un estudio caso por caso, e, independientemente de ello, los responsables del tratamiento deberán adoptar las medidas legales necesarias para impedir o dificultar, de

⁷⁰³ *Id.* Apartados 66 y 67.

⁷⁰⁴ *Id.* Apartados 68 y 69.

⁷⁰⁵ *Id.* Apartado 70.

manera efectiva, el hallar enlaces con información personal objeto de una solicitud de desindexación a través de búsquedas genéricas en motores de búsqueda⁷⁰⁶.

Entendemos la reticencia hermenéutica de interpretar los efectos extraterritoriales del derecho al olvido como globales; recordemos que el propio Abogado General hacía alusión a una carrera global de mínimos como consecuencia directa de un derecho al olvido globalmente ejecutable, siendo los más afectados, el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión. Por un lado, el propio intérprete europeo ha dejado de sobra claro que ningún derecho es absoluto, debiéndose ponderar y equilibrar las invasiones a los demás derechos en conflicto. Por otro lado, una solución global de empoderamiento de los interesados podría plantear problemas graves para los motores de búsqueda con presencia mundial por los conflictos de leyes con respecto al cumplimiento de la legislación interna sobre la libertad de expresión del país en cuestión frente al cumplimiento de la normativa europea sobre protección de datos.

No obstante, consideramos clave refrescar dos premisas, de sobra anunciadas a lo largo de este trabajo, así como el nuevo argumento del TJUE, a través de los cuales se sigue dejando la puerta abierta para efectuar en la práctica un derecho al olvido con efectos globales. En primer lugar, respondiendo, de manera concisa a los argumentos a favor de la restringida aplicación territorial del derecho al olvido mediante argumentos relacionados con la protección de la libertad de expresión y el acceso a la información, cabe recordar, una vez más, que el derecho al olvido no elimina la información de la fuente original, sino que imposibilita o dificulta su acceso a través de búsquedas nominales genéricas; quedando el núcleo central de las libertades informativas intacto. En segundo lugar, el derecho al olvido no afecta a información de interés público (siendo este un límite expreso a su ejercicio), sino a información de carácter personal (en particular, aquella especialmente sensible) que puede inducir a error o ha devenido irrelevante o excesiva (dada su descontextualización digital), quedando el ámbito de su aplicación más restringido.

En tercer lugar, si bien el TJUE ha dejado claro que la normativa europea no otorga a ninguna autoridad independiente nacional la potestad expresa para obligar a un motor de búsqueda a hacer inaccesible determinados resultados de búsqueda en todos sus nombres de dominio, tampoco lo prohíbe, y reconoce que hay suficientes bases jurídicas para

⁷⁰⁶ *Id.* Apartados 72 y 73.

permitirlo, pues reconoce que en el caso concreto podrían darse razones de peso por las que, tras un examen de ponderación y proporcionalidad del binomio privacidad-expresión, se podría dar lugar a un legitimado mandato global de supresión. De hecho, el TJUE no se opone al ejercicio del derecho al olvido como medida cautelar global; muy al contrario, reconoce que el RGPD lo habilita e insinúa que podrían ser especialmente útiles como recurso contra los daños ocasionados por la universalidad y visibilidad de Internet.

Al reconocer la posibilidad de extensión de los efectos del RGPD y de reconocer la capacidad de los Estados miembros, o mejor dicho, las autoridades nacionales de protección de datos, a aplicar una protección más elevada de la prevista a nivel europeo, nos encontramos ante la concesión de mayores protecciones en materia de privacidad en la Red y la posibilidad futura de visitar y/o minimizar los nuevos límites del derecho al olvido digital: *“al dejar la puerta abierta a la de-indexación extraterritorial de par en par, el TJUE continúa luchando por su postura actual, dura y pro-protección de datos, post-Snowden, que muy probablemente transformará el panorama de la privacidad de los datos”* (traducción propia)⁷⁰⁷. De hecho, para Zalnieriute, es imprescindible examinar esta sentencia, en virtud de una suerte de criterio sistemático, a la luz de la exegesis jurisprudencial del TJUE de los últimos años⁷⁰⁸.

Desde luego, el fallo ha sido percibido de diversas maneras: como una victoria para los gigantes tecnológicos⁷⁰⁹, como un éxito exegético a nivel europeo, alabando al TJUE por su esfuerzo en conciliar los intereses contraopuestos⁷¹⁰, como el visto bueno de un futuro derecho al olvido europeo reforzado y globalizado⁷¹¹, como un ejemplo más de la

⁷⁰⁷ ZALNIERIUTE, M.: “Google LLC v. Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL)”, *American Journal of International Law*, Vol.114, núm. 2, 2020, p. 2.

⁷⁰⁸ *Id.*, p. 9: “In the wake of Edward Snowden’s 2013 revelations of US spying on ordinary citizens and world leaders alike, the CJEU has adopted a hard line stance on data privacy. This position has been reflected in a number of the Court’s decisions since 2013”.

⁷⁰⁹ KELION, L.: “Google wins landmark right to be forgotten case”, *BBC news*, 24-09-2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-49808208>

⁷¹⁰ CLAYPOOLE, T.F.: “Can We Really Forget?”, *The National Law Review*, 01-10-2019. Disponible en: <https://www.natlawreview.com/article/can-we-really-forget> (aunque luego, tras un examen más exhaustivo, parece ligeramente cambiar de opinión); FACENNA, G.Q.C., METCALFE, E. y TAPIE, G.: “Google v CNIL: Court of Justice limits territorial scope of the Right to be Forgotten”, *Mockton Chambers-Case News*, 24-09-2019. Disponible en: <https://www.monckton.com/google-v-cnll-court-of-justice-limits-territorial-scope-of-the-right-to-be-forgotten/>

⁷¹¹ LEISER, M. y SCHERMER, B.: “GC & others vs CNIL and Google: This is a special case”, *European Law Blog*, 20-11-2019. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2019/11/20/gc-others-vs-cnll-and-google-this-is-a-special-case/>

marcada preferencia a favor de los derechos y garantías digitales⁷¹², y, por ende como una batalla ganada y una guerra perdida para Google y compañía⁷¹³. Algunos, en su momento, defendieron la solución “local” frente a la global, por razones más bien pragmáticas⁷¹⁴. No obstante, sobre el mandato global de este tipo de acotamiento del libre albedrío de los motores de búsqueda, y en clave *iuscomparativa*, recordemos su acogida, años antes, por parte de la Corte Suprema de Canadá en el asunto Google v. Equustek⁷¹⁵; vamos observando cómo las semillas del derecho al olvido van floreciendo en un contexto de constitucionalismo global.

Es, precisamente, ante los riegos del panorama actual que entendemos la llamada a aplicar los estándares internacionales de protección *iusfundamental* que debemos recordar la necesidad de interpretar el derecho al olvido, no sólo a la luz del principio *pro homine*, en tanto en cuanto brinda una protección hermenéutica de conformidad con los máximos estándares de derechos humanos, incluidos aquellos mal-llamados ‘derechos de cuarta generación’, sino también a la luz del principio *favor libertatis*, dadas las consecuencias nefastas para los derechos personalísimos del interesado, y por tanto de no brindar, en la medida de lo posible y cuando las circunstancias del caso lo permitan, una interpretación restrictiva del mismo.

2.2.4. El asunto GC y Otros

Precisamente hablando de las exenciones o limitaciones del derecho al olvido en materia de publicación o accesibilidad de datos personales en el contexto de las supracitadas actividades periodísticas o de expresión artístico-literaria, el TJUE, el mismo día que dictó la sentencia del Asunto *Google LLC*, dictó la del Asunto *GC y Otros v. CNIL*⁷¹⁶ que versaba sobre la denegación del derecho al olvido de varios interesados por parte de Google sobre un listado de enlaces como resultados de búsquedas nominales que

⁷¹² ZALNIERIUTE, M.: “Google LLC v. Commission Nationale...*op.cit.*, p.10.

⁷¹³ WOODS, A.K.: “Three Things to Remember from Europe’s ‘Right to Be Forgotten’ Decisions”, *LAWFARE Blog*, 01-10-2019. Disponible en: <https://www.lawfareblog.com/three-things-remember-europes-right-be-forgotten-decisions> :“while Google has “won the battle” in that case, it is “losing the larger war against global injunctions”.

⁷¹⁴ FLORIDI, L.: “Should you have the right to be forgotten on google? Nationally, yes. Globally, no”, *New Perspectives Quarterly*, Vol. 32, núm. 2, 2015, p. 26: “*in favor of a more restricted, nation-based delinking. The reasons infavor of this option are pragmatic. Most users never leave their local searchengines. Also because of linguistic reasons [...] my place my rules*”.

⁷¹⁵ Vid. asunto *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, sentencia de 28 de junio de 2017.

⁷¹⁶ Asunto C-136/17, *GC y Otros v. CNIL*, STJUE de 24 de septiembre de 2019.

redirigían a páginas web publicadas por terceros en las que aparecían, en función del interesado, la publicación de fotomontajes satíricos, de artículos que vinculaban al interesado con la Iglesia de la Cienciología, del sumario abierto contra un político y de la condena por agresión sexual a menores⁷¹⁷. La cuestión prejudicial remitida por el Consejo de Estado francés al TJUE para la aclaración interpretativa de la normativa europea de protección de datos, incluía, a grandes rasgos, dos preguntas fundamentales acerca del derecho al olvido: por un lado, si los motores de búsqueda deben aceptar sistemáticamente solicitudes de retirada de enlaces (o, en otras palabras, aceptar un derecho al olvido en cuanto derecho de desindexación), y si ello es aplicable en el contexto de tratamiento de datos personales especialmente sensibles (que gozan de especial protección a través de una prohibición expresa sobre el mismo) cuando este se lleve a cabo en el marco de actividades con fines de interés periodístico.

En primer lugar, el TJUE comienza recordando la jurisprudencia sentada que establece, por un lado que las actividades concretas que efectúa un motor de búsqueda constituyen un tratamiento de datos de carácter personal y que las mismas desempeñan un papel decisivo, más allá de un mero editor en Internet, en la difusión y accesibilidad global de dichos datos a partir de búsquedas genéricas, teniendo como consecuencia directa la obtención de un perfil detallado del interesado en cuestión, y por otro, la obligación y responsabilidad de los motores de búsqueda en garantizar que los derechos fundamentales en juego son efectivamente garantizados a pesar de ello⁷¹⁸. En segundo lugar, con respecto a los deberes del motor de búsqueda en cuanto responsable del tratamiento de datos especialmente sensibles publicados por terceros que figuran en sus listas de resultados, realiza dos consideraciones importantes. Por un lado, recuerda que tanto la anterior Directiva de protección de datos como el nuevo RGPD establecen una prohibición a todo responsable sobre cualquier tipo de tratamiento que tenga como objeto categorías especiales de datos personales revelan el origen racial, étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas, filosóficas o la pertenencia a sindicatos, o cuestiones relativas a salud o a la orientación sexual; ello se justifica en la necesidad de revertir las injerencias especialmente graves a los derechos fundamentales personalísimos y particularmente frágiles en la era de la digitalización⁷¹⁹. Por otro lado, matiza que el motor de búsqueda no es responsable en cuanto fuente original de publicación de los datos

⁷¹⁷ *Vid.* Apartados 24-28 de esta segunda STJUE de 24 de septiembre de 2019.

⁷¹⁸ *Id.* Apartados 35-37.

⁷¹⁹ *Id.* Apartados 43 y 44.

personales especialmente sensibles sino como creador del vínculo o enlace entre esa página web y el internauta que efectúa una búsqueda en su plataforma digital, y por ende, su responsabilidad resulta incuestionable, aunque limitada a este segundo hecho fáctico⁷²⁰.

En tercer lugar, en lo que se refiere a la estimación o no del derecho al olvido por motivos relacionados con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artístico-literaria, en virtud de las excepciones establecidas, como margen nacional, a la prohibición del tratamiento de datos especialmente sensibles, el TJUE determina lo siguiente:

- (i) el derecho al olvido, en cuanto derecho de supresión o desindexación, implica la obligación de un motor de búsqueda a eliminar de su lista de resultados los enlaces de páginas webs de terceros que contengan dichos datos personales, independientemente de que dicha información personal haya sido suprimida en la fuente original, por considerarse lícita o pudiendo quedar amparada por la cláusula pro-libertad de expresión contemplada en la normativa europea⁷²¹;
- (ii) el derecho al olvido no requiere del interesado la prueba de un perjuicio y goza de carácter preferente sobre otros intereses legítimos como el interés económico del motor de búsqueda y el interés del público a conocer dicha información, salvo en el caso de que exista un justificado interés preponderante a tener acceso a la misma⁷²²;
- (iii) que el RGPD, como normativa actualmente en vigor, establece, de manera expresa, tanto un derecho al olvido, y, al no ser un derecho absoluto, también un límite al mismo, precisamente vinculado al ejercicio legítimo de las libertades informativas⁷²³, como excepciones a la prohibición genérica acerca del tratamiento de datos personales especialmente sensibles por motivos de interés público esencial y cuando respeten el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y sean conformes al principio de proporcionalidad⁷²⁴;

⁷²⁰ *Id.* Apartados 47 y 48.

⁷²¹ *Id.* Apartado 52

⁷²² *Id.* Apartado 53.

⁷²³ *Id.* Apartados 54-59.

⁷²⁴ *Id.* Apartados 60-61.

- (iv) que, si bien en lo que al consentimiento por parte del interesado se refiere, en la práctica resulta difícilmente alcanzable como práctica *a priori*, el propio ejercicio del derecho al olvido, a través de una solicitud de retirada de enlaces, implica una clara retirada del mismo, haciendo el derecho efectivo *a posteriori* del tratamiento, y constando, de manera expresa en el RGPD como uno de los presupuestos para su ejercicio⁷²⁵.
- (v) que lo anterior es válido cuando el interesado no haya hecho manifiestamente públicos los datos personales controvertidos (sean especialmente sensibles o no), siempre cuando el tratamiento no cumpla alguno de los demás requisitos de legalidad exigidos por la normativa de protección de datos, y sobre todo, cuando existan circunstancias excepcionales ateniendo a la situación particular del interesado⁷²⁶ (como, de hecho, matizaba en el Asunto *Manni*, aunque en ese caso concreto se rechazara).
- (vi) que siempre hay que efectuar un examen de ponderación entre los intereses y derechos en conflicto (a saber, el derecho fundamental a la protección de datos del interesado y las libertades informativas fundamentales de los internautas) en el que puede prevalecer (como regla general, dada la injerencia grave en los derechos personalísimos) el primero, pero ante supuestos específicos en función de la naturaleza e interés de la información y el papel que desempeñe el interesado en la vida pública, puede revertirse dicha regla⁷²⁷.

En cuarto lugar, en lo que se refiere a la estimación o no del derecho al olvido en el caso de datos personales relativos a condenas penales, el TJUE establece, de manera resumida, que aunque este tipo de tratamiento sólo pueda efectuarse bajo el control de la autoridad pública (lo que parece fallar a favor del tradicional *droit à l'oubli judiciale*, ahora convertido en un *droit à l'oubli numérique*) el ejercicio de tal derecho sólo podrá prosperar cuando “cuando estos se refieran a una etapa anterior del procedimiento

⁷²⁵ *Id.* Apartado 62: “se desprende que el consentimiento debe ser «específico» y, por lo tanto, **referirse específicamente al tratamiento realizado en el marco de la actividad del motor de búsqueda** y, en consecuencia, al hecho de que el tratamiento **permite a terceros obtener, mediante una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado, una lista de resultados que incluye enlaces que dirigen a páginas web que contienen datos sensibles que le conciernen**. Ahora bien, en la práctica, es **difícilmente concebible**, y por lo demás **no se desprende de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, que el gestor de un motor de búsqueda solicite el consentimiento expreso de los interesados antes de tratar, a efectos de su actividad de enumeración de resultados, los datos personales que conciernen a aquellos**” (énfasis nuestro).

⁷²⁶ *Id.* Apartados 63-65.

⁷²⁷ *Id.* Apartados 66-69.

judicial de que se trate y, habida cuenta del desarrollo de este, ya no se ajusten a la situación actual, en la medida en que se constate, en el marco de la comprobación de los motivos de interés público”⁷²⁸. Como no podía ser de otra manera, el TJUE recuerda la necesidad de ponderar los intereses en juego, estableciendo una ponderación entre la privacidad del interesado y la libertad de información de público, por parte del motor de búsqueda que recopila, estructura y hace dicha información más accesible. Esto indudablemente implica analizar, por un lado, el papel que desempeña la prensa y el interés del público en ser informado sobre acontecimientos pasados, y, por otro, el tiempo transcurrido, las repercusiones del contenido y forma de publicación para el interesado, calificando todo ello de variable y ligado a las circunstancias concretas de cada caso⁷²⁹. No obstante, como mecanismo de protección reforzada hacia el interesado, establece que, con independencia del resultado de ese examen de ponderación, el motor de búsqueda estará obligado a “**estructurar la lista de resultados de tal manera que la imagen global que resulte de ella para el internauta refleje la situación judicial actual, lo que requerirá, en particular, que en dicha lista se indiquen en primer lugar enlaces a páginas web que contengan información al respecto**”⁷³⁰.

No gustaría incidir en esta última cuestión, pues demuestra, una vez más, que el derecho al olvido no necesariamente implica una supresión de información (y cuando así es, nunca implica directamente su eliminación de la fuente original⁷³¹) y puede ir más allá de la retirada de enlaces que contienen información personal, pudiéndose extrapolar este mecanismo concreto de protección en el marco de datos personales relativos a condenas a los demás presupuestos del derecho al olvido; de lo que se trata, en última instancia, es de asegurar una “rehabilitación informativa”⁷³², o, lo que nosotros preferimos matizar como una ‘re-contextualización informativa’, en tanto en cuanto no sólo dificulta el acceso a información potencialmente perjudicial para la dignidad y desarrollo de la persona, sino que intenta revertir el acceso descontextualizado que existe, *motu proprio*, en el contexto de los motores de búsqueda y bases de datos digitales o en la Red. Nos

⁷²⁸ *Id.* Apartado 79.

⁷²⁹ *Id.* Apartados 76 y 77.

⁷³⁰ *Id.* Apartado 78.

⁷³¹ Recordemos que la información personal publicada de conformidad con los principios de protección de datos y con interés público no afecta a la fuente original, sino a los resultados obtenidos de las búsquedas realizadas en función del nombre de una persona, siendo siempre accesible utilizando otros criterios o términos de búsqueda o mediante acceso directo a la fuente que contiene dicha información.

⁷³² RALLO LOMBARTE, A.: “El derecho al olvido en el tiempo de Internet: la experiencia española”, *Libertà in internet (Fondazione Magna Carta-Jovene Editore)*, núm 1, 2014, pp. 168-169.

hallamos pues, en el reconocimiento expreso del derecho al olvido como mecanismo para revertir la injerencia en los derechos fundamentales personalísimos debido a la ausencia de límites espacio-temporales en el marco de la búsqueda de información digitalizada.

3. Significado, alcance y delimitación del derecho al olvido digital

El derecho al olvido digital, que nace principalmente de una preocupación social creciente ante la inconcebible e “incontenible fuerza”⁷³³ de las NTIC, que ha transformado la identidad y la intimidad de las personas en escaparates unidimensionales donde todo es universal e indefinidamente accesible, se ha entendido como derecho a borrar, o si se prefiere, a ocultar los datos personales vinculados a hechos pasados irrelevantes que pueden afectar el libre desarrollo personal: *“olvido que, por el mero paso del tiempo, no sucede motu proprio en la red por la visibilidad que otorga a la información en línea, que perpetúa los hechos pasados de modo generalmente irrestricto”*⁷³⁴. De hecho, en otro lugar lo hemos definido como

*“la protección de la persona contra la inviolabilidad de su pasado o de la percepción que terceros tengan de ella y difundan por la Red Internet: en el escenario práctico, se configura como un poder de control sobre los datos de carácter personal con el fin de proteger la dignidad y el libre desarrollo personal contra el resurgimiento perjudicial que puede suponer un clic instantáneo y una memoria digital que nunca olvida”*⁷³⁵.

Funciona, por tanto, como una nueva garantía para el control de los datos y la información personal visible en la red; esto es, una garantía del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal. Si bien es cierto que el contenido de este derecho a ser olvidado en el mundo digital, en tanto que “categoría jurídica multifacética”⁷³⁶, se ha ampliado y ha ido perfilándose a través de los desarrollos normativos y jurisprudenciales a nivel europeo.

⁷³³ COBACHO LÓPEZ, A. y BURGUERA AMEAVE, L.: “Responsabilidad de los webmasters y derecho al olvido digital”, en VALERO TORRIJOS, J. (2013) *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 401.

⁷³⁴ MARTÍNEZ LOPEZ-SÁEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*”, p. 161.

⁷³⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: Nuevos perfiles...*op.cit.*, p. 260.

⁷³⁶ SALARELLI, A.: “Diritto all’oblio e archivi online dei quotidiani...*op.cit.*”, p. 2.

Así, el recientemente adoptado RGPD, como nuevo marco jurídico⁷³⁷ que ha comportado una revisión global del sistema europeo de protección de datos hacia un sistema de ventanilla única basada en los derechos fundamentales, ha tenido como objetivo y consecuencia un refuerzo del derecho a la protección de datos, en general, y específicamente un fortalecimiento de un elenco actualizado y novedoso de derechos, como ha sido la consagración normativa del derecho al olvido digital⁷³⁸. En efecto, este derecho a obtener la eliminación o supresión de datos personales se reconoce y se regula expresamente en el artículo 17 bajo el título *Derecho de supresión («el derecho al olvido»)*. El artículo 17 RGPD, en este sentido, establece simultáneamente un derecho del interesado y un deber del responsable a la supresión de datos personales cuando estos ya no sean necesarios para los fines con los que fueron recogidos o tratados, cuando el interesado retire su consentimiento, cuando el interesado se oponga al tratamiento y no existan motivos fundados para continuar con dicho tratamiento, cuando los datos hayan sido tratados ilícitamente, cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la UE o nacional y cuando se hayan obtenido mediante una oferta de servicios electrónicos.

Lo que hace este derecho diferente y autónomo respecto a las demás facultades de control del interesado, los conocidos derechos ARCO, y en particular los derechos de cancelación y oposición⁷³⁹, es precisamente la obligación jurídica impuesta a los responsables del tratamiento. Esta obligación implica impedir el acceso, y, por tanto, el recuerdo constante de la información personal controvertida “*teniendo en cuenta la*

⁷³⁷ Para un análisis más extenso de las implicaciones del cambio, vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Protección de datos personales y redes sociales un cambio de paradigma, en RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y Redes sociales*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2010, pp. 83-116.

⁷³⁸ ÁLVAREZ CARO, M.: “El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.) *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 227-228.

⁷³⁹ Aunque no son pocos los que lo equiparan. Vid., en este sentido, DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.*, p. 29 (cuyo ejercicio lo simplifica como la posibilidad de ejercitar “la cancelación o la oposición de determinados tratamientos de datos personales”); DÍAZ DÍAZ, E.: *Estudio y conclusiones sobre el “derecho al olvido” (Caso Google): Nuevo escenario para la regulación legislativa del ‘derecho a la supresión’ de datos personales de los ciudadanos*, EAE, Madrid, 2018 (que lo califica como derecho “enraizado” en o “vinculado” al “derecho de cancelación o de oposición”); SABATER FERNÁNDEZ, M.C.: “El debate en torno a la autorregulación de datos y la cancelación de datos en Internet”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, Vol. 1, núm. 1 (julio-diciembre), 2010, pp. 153 (que los equipara, llamando el derecho al olvido como parte de la terminología “popular” del derecho de cancelación y los define como “la posibilidad de autorregulación de la propia información personal”); y RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...op. cit., p. 134 (considerándolo como “concreción en el ámbito digital del derecho de cancelación”).

tecnología disponible y el coste de su aplicación” las “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”⁷⁴⁰. Esta obligación fue, precisamente, una de las incorporaciones más controvertidas de la revisión normativa europea sobre esta materia, pues convertía al responsable del tratamiento también en responsable de los datos personales que publicaran terceros mediante enlaces vinculados a estos⁷⁴¹. Sea como fuere, esto no sólo demuestra que el derecho al olvido es parte, o garantía, del derecho fundamental a la protección de los datos, como facultad de decisión y control sobre la información personal, puesto que su almacenamiento, acceso o difusión excesiva puede menoscabar derechos fundamentales como la vida privada o la “intimidad informativa”⁷⁴², sino que también se configura como elemento insertado dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo.

No obstante, dado que el derecho al olvido muestra ser un fenómeno polifacético y todavía en proceso de expansión, ello explica las propuestas de definición tan diferenciadas que existen en el seno de la UE y su calificación como término ambiguo⁷⁴³, problemático a la vez que poco útil⁷⁴⁴. Así, como se indicaba exhaustivamente en nuestro apartado sobre el estado de la cuestión, la concepción del derecho al olvido incluye su consideración como derecho de la persona a solicitar que sus datos no sigan siendo tratados, o sean eliminados cuando dejen de cumplir los fines legítimos para los que

⁷⁴⁰ Vid. artículo 17.2 RGPD.

⁷⁴¹ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.): *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 361.

⁷⁴² Así lo calificaban, por ejemplo, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: “El contenido esencial del derecho a la intimidad informática”, *Revista de Ciencias de la Información*, núm. 9, 1994, pp. 183-202; RUIZ MIGUEL, C.: “El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español”, *Revista general de derecho*, núm. 607, 1995, pp. 3207-3233; o GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T.: “Nuevas estrategias de desvirtualización del derecho a la intimidad informática: la quiebra postmoderna del estado de panoptismo”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 2004, pp. 313-368.

⁷⁴³ KOOPS, B.J.: “Forgetting Footprints...*op.cit.*”, p. 232. En este sentido, el autor exige a la Academia que decida sobre la consideración de este derecho bien “*como un derecho integral, basado en el control del usuario, a solicitar que se eliminen sus datos personales, transcurrido un periodo de tiempo*”, o bien “*como un derecho más específico y basado en el contexto a obtener un nuevo comienzo o sobre la base del principio tabula rasa*” (traducción propia).

⁷⁴⁴ TOWNEND, J.: “Data protection and the ‘right to be forgotten’ in practice: a UK perspective”, *International Journal of Legal Information*, Vol. 45, núm. 1, 2017, pp. 28-33.

fueron tratados⁷⁴⁵, o cuando ha pasado un determinado periodo de tiempo⁷⁴⁶; esto supone una garantía para devolver a la persona algo de control sobre sus datos personales, reforzando el régimen del consentimiento⁷⁴⁷, con la consiguiente obligación de eliminarlos a instancia del interesado⁷⁴⁸. También, de manera más genérica, el derecho al olvido se concibe como una dimensión del derecho a la privacidad⁷⁴⁹, o un derecho continental basado en la dignidad para controlar la imagen pública de uno mismo⁷⁵⁰.

Permitiéndonos una breve y previa aclaración conceptual de la noción de ‘derechos fundamentales’ y de ‘límites’ de los mismos, e inspirándonos en el punto de vista de Cruz Villalón y de Aguiar de Luque, se pueden definir ‘derechos fundamentales’ como “*los derechos subjetivos [...] [consagrados] en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica*”⁷⁵¹ y los límites de los mismos como “*toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los [...] derechos*”⁷⁵². Ambas tesis basadas en los derechos pueden extrapolarse de los ordenamientos constitucionales internos al supranacional europeo, en tanto en cuanto la CDFUE, aunque condicionada a la aplicación del Derecho de la Unión Europea⁷⁵³, es el texto dogmático en el seno de la

⁷⁴⁵ Vid. la supracitada Comunicación de la Comisión Europea titulada ‘Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea’ COM (2010) 609 final, p. 8: “*el derecho de las personas a que sus datos no se traten y se supriman cuando dejan de ser necesarios con fines legítimos*”.

⁷⁴⁶ DE TERWANGNE, C.: “Internet Privacy and the Right to be Forgotten... *op. cit.*, p. 109; y DE TERWANGNE, C.: *The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, p. 1.

⁷⁴⁷ AUSLOS, J.: “The ‘Right to be Forgotten’ – Worth remembering?”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 28, núm. 2, 2012, pp. 143-152.

⁷⁴⁸ MALLE, B., KIESEBERG, P., WEIPPL, E., y HOLZINGER, A.: “The Right to Be Forgotten: Towards Machine Learning on Perturbed Knowledge Bases”, en BUCAFURRI, F., KIESEBERG, P., WEIPPL, E., y HOLZINGER, A y TJOA, M. (Eds.): *Availability, Reliability and Security in Information System*, Springer, Dordrecht, 2016, p. 252.

⁷⁴⁹ MCGOLDRICK, D.: “Developments in the Right to be Forgotten”, *Human Rights Law Review*, Vol. 13, núm. 4, 2013, p. 761.

⁷⁵⁰ STUTE, D.J.: “Privacy Almighty...*op. cit.*, pp. 663-664; y PIZZETTI, F.: “Il prisma del diritto all’oblio” en PIZZETTI, F. (Dir.) *Il caso del diritto all’oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 42: “*non riguarda più solo le notizie diffuse dai media e ridiffuse anche quando è venuto meno l’interesse pubblico a conoscerle, ma si estende, più in generale, a coprire ogni informazione o dato che ci riguarda, compresi quelli da noi stessi immessi in rete per le più diverse finalità*”.

⁷⁵¹ CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 41.

⁷⁵² AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.14 (enero-abril), 1993, p. 10.

⁷⁵³ Vid. art. 51.1 CDFUE y DOUGLAS-SCOTT, S.: “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, núm. 4, p. 652.

UE⁷⁵⁴, en clave garantista y de recepción formal⁷⁵⁵, y consagra un sistema de protección de los derechos inherentes a la persona, que, tras la reforma del Tratado de Lisboa, agregó más contenido ‘constitucional’ al Derecho constitutivo de la Unión Europea. Cabe, en este sentido, analizar los límites a los que se enfrentan los derechos fundamentales en el seno de la UE, pues como es de sobra sabido, e independientemente de su ámbito de protección, no existen derechos absolutos. Como hemos sostenido en otro lugar, y como se desarrollará en el siguiente apartado relativo a la difícil conciliación entre el derecho al olvido y las demás libertades informativas:

“[e]l carácter limitado de los derechos es requisito sine qua non, necesario para cualquier sistema de protección de los derechos humanos, a la luz de la necesidad de equilibrar los intereses individuales y las exigencias de una vida socio-política en comunidad. Los derechos, no obstante, deben estar sujetos a restricciones razonables”⁷⁵⁶.

Del mismo modo que los principales catálogos de derechos han optado por la inclusión de cláusulas específicas que los condicionan, la CDFUE también contempla la posibilidad de que los derechos sean susceptibles de alguna que otra limitación. La CDFUE establece un sistema complejo de limitaciones formales y sustantivas a los derechos fundamentales reconocidos en la misma, encauzado en el primer apartado de su art. 52. Si bien resulta evidente la necesidad de considerar y articular el contenido y alcance de otros derechos⁷⁵⁷, los límites impuestos sobre ellos nacen precisamente legitimados para acomodar las colisiones con otros bienes e intereses jurídicos igualmente fundamentales. Por ello se incluyó el artículo 52.1 CDFUE, como cláusula general “lógica” y “horizontal” de limitación⁷⁵⁸, estableciendo que esta debe estar legalmente establecida y respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, permitiéndose dicha limitación cuando

⁷⁵⁴ JIMENA QUESADA, L.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, p. 63.

⁷⁵⁵ Refleja un proceso de recepción universal si observamos de dónde proviene su inspiración: declaraciones internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia pretoriana sobre derechos fundamentales elaborada por los Tribunales Europeos, así como tradicionales constitucionales comunes de los Estados miembros.

⁷⁵⁶ MARTINEZ LOPEZ-SAEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*”, p. 166.

⁷⁵⁷ Es así de obligada referencia citar, por ejemplo, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando establece que el ejercicio de los derechos de cada individuo no tiene otros límites que los que garantizan a los demás. Precepto completo disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁷⁵⁸ MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, J.: “Titulo II. Libertades”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, p. 266. Disponible en: http://www.fbbva.es/TLFU/dat/05_carta_mangas_titII_libertades_art6-19.pdf

se vehicule a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio y cuando respondan a objetivos de interés general o sea necesario para la protección de terceros⁷⁵⁹.

He aquí la guía práctica para establecer una injerencia justificada en el ejercicio de los derechos fundamentales: por un lado existe una limitación formal, debiendo existir una obligación jurídica positivada y, por otro, una serie de limitaciones sustantivas, debiendo ser esta restricción proporcional, necesaria y adecuada o idónea para llevar a cabo un objetivo de interés general o proteger los derechos fundamentales de los demás.

En materia de protección de datos, el TJUE ha desarrollado numerosos parámetros constitucionales europeos cuando de limitaciones a este derecho se refiere; repárese en los supracitados asuntos *Digital Rights Ireland Ltd*, *Weltimmo*, *Schrems* y *Manni*, por ejemplo. Precisamente, en lo que a los actuales límites del derecho al olvido se refiere, como mecanismos reales y efectivos para controlar los propios datos personales, el TJUE, ya en la primera sentencia que versaba sobre el derecho al olvido digital, el asunto *Google Spain SL*, estableció una serie de límites para su ejercicio y aplicación. Recordemos que estas hacían alusión a (i) excepciones previstas por ley y según lo establecido por la entonces vigente Directiva de Protección de Datos, (ii) la existencia, por parte del titular, de un interés en la oposición, y un interés legítimo por parte del buscador, equilibrio entre ambos que podrá depender de supuestos específicos, de la naturaleza de la información tratada, del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, del interés del público en disponer de dicha información y/o del papel que la persona desempeñe en la vida pública⁷⁶⁰. En este último punto se ha centrado Rallo, al calificar como principal límite del derecho al olvido los “datos de personajes públicos”, impidiendo el ejercicio efectivo de dicho derecho cuando, por un interés preponderante del público, se considere

⁷⁵⁹ Ya apuntaba WEBER que la existencia de una distinción entre el ámbito protegido y el ámbito garantizado, por un lado, y a la interpretación de los límites o de los contralímites, por otro, supone dudas jurídicas y que las explicaciones de la CDFUE añaden confusión al indicar “*que la noción de «limitaciones» ha de referirse tanto al «sentido» como al «alcance» y al advertir, por otro, que ambos conceptos habrán de determinarse atendiendo no sólo al tenor literal de los preceptos sino también a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH*”. Vid. WEBER, A.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (trad. Rodríguez Álvarez, J.L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64 (enero-abril), 2002, p. 90.

⁷⁶⁰ HEREDERO CAMPO, M.T.: “La evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad”, en APARICIO VAQUERO, J.P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.) *En torno a la privacidad y a la protección de datos en la sociedad de información*, Comares, Granada, 2015, pp. 85-86.

necesario tener acceso a la información de que se trate, dado el papel desempeñado por el interesado en la vida pública⁷⁶¹.

Ahora, tras la adopción del RGPD y el desarrollo jurisprudencial del asunto *Manni*, debemos actualizar la lista de los límites al derecho al olvido digital. Conforme al artículo 17.3 RGPD, son límites al ejercicio del derecho al olvido digital, es decir, no se permitirá su aplicación, cuando la información que se quiera suprimir sea necesaria: (i) para ejercer la libertad de expresión e información, (ii) para el cumplimiento de una obligación legal de almacenar o tratar datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o el Derecho nacional de uno de los Estados miembros, (iii) para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable (iv) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, (v) para fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, y (vi) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. Así pues, el TJUE, en el asunto *Manni*, inhabilita, como regla general, la fijación de un plazo de prescripción en la accesibilidad de los datos personales que figuran en un registro de sociedades, y “por tanto, añade un nuevo límite que invalida el derecho al olvido en el ámbito del registro mercantil”⁷⁶². No obstante, a pesar de esta regla general, el TJUE introduce, como excepción, que en circunstancias concretas, sobre la base de la situación particular del interesado, se pueda ejercitar la supresión u ocultación de sus datos de carácter personal publicados en registros societarios.

En el caso del ejercicio del derecho al olvido, a saber, la supresión u ocultación de información de carácter personal, entra en directa colisión con otros bienes jurídicos protegidos. Por ello, no se puede afirmar que el derecho al olvido digital sea un derecho omnicomprensivo que suponga un olvido ciego o un borrado general, pues requiere de un forzoso acotamiento⁷⁶³. Con todo ello, observamos la difícil conciliación entre el derecho fundamental a la protección de datos y las libertades informativas y económicas; jugando el tribunal europeo a favor del derecho al olvido digital cuando de motores de búsqueda se trata, motores que descontextualizan y universalizan la información personal, y jugando en contra, cuando de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones comerciales y el correcto funcionamiento del mercado interior, se trata. Si bien no resulta

⁷⁶¹ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Cuadernos y Debates Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 281-283.

⁷⁶² MARTINEZ LOPEZ-SAEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*”, p. 171.

⁷⁶³ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 23 y 135.

sorprendente que el derecho a la información o la seguridad jurídica en el armonizado tráfico mercantil europeo salgan vencedores de la lucha de ponderación jurídica⁷⁶⁴, resulta conveniente recordar que, bajo razones preponderantes, legítimas y particulares que justifiquen la necesidad de ejercitar un derecho a ocultar, anonimizar, suprimir o cancelar ciertos datos personales, el derecho al olvido, incluso en este ámbito, podría salir victorioso, sobre todo cuando de la publicidad o difusión de información personal nace un menoscabo grave a la dignidad de la persona.

El desacuerdo sobre el derecho al olvido es más bien “de prescripción que de diagnóstico”⁷⁶⁵, pues sin lugar a dudas, la vida privada, la intimidad y los datos de carácter personal deben ser protegidos, y la garantía del derecho al olvido digital puede ser necesaria en más de una ocasión; pensemos por ejemplo, el caso de colectivos vulnerables, que se examinarán con detenimiento más adelante, como los menores o los casos de identidad de género, en los que el pasado no puede suponer una hipoteca vitalicia. El respeto a la vida privada y los valores que la acompañan se encuentran muy arraigados en nuestra tradición jurídica civilista y se antojan inseparables de la propia existencia del individuo y del ejercicio de sus libertades. Europa ha estado siempre en la vanguardia con respecto al respeto de la vida privada y familiar, mostrando la propia experiencia histórico-jurídica en el continente europeo que precisamente la privacidad es una parte integral de la dignidad humana y la libertad personal, y que el derecho a controlar los datos personales está, como no podría ser de otra manera, íntimamente conectado con ella⁷⁶⁶. Las discrepancias, por tanto, vienen atribuidas por el modo de regular esta nueva garantía y de equilibrarla con otros intereses jurídicos, tal y como se verá a continuación.

El hecho de que exista una protección reforzada para los usuarios a través de un mayor control sobre sus propios datos de carácter personal, vehiculado a través del derecho al olvido digital, supone un paso importante hacia la reafirmación de que la dignidad y libertad personal deben tener garantías específicas a través de un derecho a la

⁷⁶⁴ Pues, como he dicho, conforman “*el coctel perfecto para invocar un objetivo de interés general, siendo este una de las posibilidades previstas en la CDFUE para la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 52.1 CDFUE)*” en MARTINEZ LOPEZ-SAEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*, p. 173.

⁷⁶⁵ BROCK, G.: *The right to be forgotten: Privacy and Media in the Digital Age...op.cit.*, p. 82.

⁷⁶⁶ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.): *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p.333.

autodeterminación informativa con garantías efectivas que le permitan a los usuarios colocarse en igualdad de condiciones para enfrentarse a los problemas inherentes a un mundo digital hiperamnesiado y universalizado del que se aprovechan tanto los gobiernos, como las empresas y la sociedad en su conjunto. A modo de conclusión:

“[e]l derecho al olvido se enmarca dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo y el respeto a su vida privada, intimidad y honor en el ámbito digital, aunque, a la sazón, se le ha atribuido un nuevo límite a su aplicación. Todo ello sólo demuestra que el derecho al olvido, como categoría autónoma, está todavía en fase embrionaria, y que su desarrollo seguirá siendo polémico y deberá contemplar múltiples matices y situaciones particulares y ser adaptada a los incesantes avances de las NTIC. Pero, en ningún caso, deberán estos retos derivar en la inacción o regulación ineficaz, so riesgo de negar protección de derechos personalísimos y de obstaculizar el progreso socio-económico. Por ello, es todavía necesario profundizar y considerar las posibilidades y el equilibrio de las políticas de la Unión Europea destinadas a garantizar un modelo garantista de privacidad mientras se avanza en las agendas socio-económicas y digitales”⁷⁶⁷.

4. Conciliación del derecho al olvido con las libertades informativas

A modo de introducción, no podemos hablar del proceso informativo y comunicativo, y sus correspondientes derechos, sin al menos referenciar el importante papel que juega la Red de Internet en su ejercicio. La Red se ha convertido en el vehículo principal para el ejercicio de la libertad de expresión e información dada su gran potencia de comunicación, caracterizada por la instantaneidad y la universalidad. Sin dudar de la necesidad de garantizar un derecho fundamental efectivo al acceso a Internet⁷⁶⁸ ni de la

⁷⁶⁷ MARTINEZ LOPEZ-SAEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*, p. 176.

⁷⁶⁸ Así lo ha defendido con gran rigor jurídico ÁLVAREZ ROBLES, T.: *El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español*, Tesis Doctoral, Universidad de León, 2019. Asimismo, en los tiempos actuales de crisis por el COVID-19, ha tenido gran repercusión mediática, en clave positiva, la brecha digital de la que habla y los instrumentos y mecanismos jurídicos que propone. Vid., por todos, MUÑIZ, M.J.: “Internet como derecho básico”, *Diario de León*, 07-04-2020. Disponible en: <https://www.diariodeleon.es/articulo/innova/internet-como-derecho-basico/202004070132222002510.html> (“Un derecho constitucional. El confinamiento por el Covid-19 y el nuevo funcionamiento de la sociedad y los servicios al que obliga ponen sobre la mesa la necesidad de hacer del acceso a la red un derecho constitucional”); y PITA, E.V.: “Una profesora de Derecho: «El Concello de Vigo o la Xunta deberían dar tarjetas de datos a gente sin Internet»”, *La Voz de Galicia*, 10-04-2010. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/vigo/vigo/2020/04/10/concello-vigo-xunta-deberian-dar-tarjetas-datos-gente-internet/0003_202004V10C2993.htm (“Tamara Álvarez Robles destapa

íntima relación entre el “derecho al recuerdo”⁷⁶⁹ y el derecho a la información y a la comunicación, debemos insistir en que “*ni todo está en la red, ni lo que está es siempre cierto, veraz o adecuado a la realidad*”⁷⁷⁰. Así, parte de los esfuerzos de proteger a las personas frente a la utilización de datos inadecuados, excesivos o irrelevantes tras el transcurso del tiempo o por su descontextualización en la Red se ha visto reflejada en el reconocimiento de un derecho *ex post* que permite solicitar, como parte del control propio sobre la información personal, un olvido ficticio aunque forzado.

El derecho fundamental a la protección de datos, al igual que su garantía en el derecho al olvido, interactúan, obviamente, con otros derechos e intereses jurídicos protegidos. En muchas ocasiones, esta interacción es ambivalente, encontrándose los primeros tanto como presupuesto jurídico garante de un derecho concreto a la vez que como un elemento limitador del mismo⁷⁷¹. Así, puede resultar difícil entender los miedos y el rechazo absoluto, por parte de la doctrina⁷⁷², de la conveniencia y existencia de este mecanismo de empoderamiento informativo y garantía *iusfundamental* en la era tecno-digital. Los miedos relativos a que el derecho al olvido condicione y menoscabe las libertades informativas, que son, objetivamente, elemento esencial para garantizar el mantenimiento de una sociedad democrática y, subjetivamente, garantía de la libertad individual, se ve acrecentado por la instrumentalidad que la Red ha supuesto para el desarrollo de las mismas.

Partimos, por un lado, de la premisa de que ningún derecho es absoluto. Todos los derechos reconocidos por la CDFUE tienen el mismo rango, la prevalencia absoluta de uno sobre el otro sería inaceptable, pues no existe supremacía entre derechos. Así, la propia CDFUE ha aclarado que el derecho a la protección de datos, al igual que la libertad de expresión o cualquier otro derecho, no constituyen una prerrogativa exclusiva y deben ser considerados desde la perspectiva de su función social, y por ende, podrán ser limitados si se reúnen ciertas condiciones. Así pues, existen límites para ambos en

la brecha digital durante el confinamiento y en su tesis doctoral propone una reforma constitucional para garantizar que toda la población tenga acceso a Internet”).

⁷⁶⁹ DELGADO VALLE, E.: “Derecho al recuerdo en Internet...*op. cit.*”, pp. 422-426 y 436-452.

⁷⁷⁰ *Id.*, p. 430.

⁷⁷¹ AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES y CONSEJO DE EUROPA: *Handbook on European Data Protection Law*, Centro de Publicaciones, Luxemburgo, 2018, p. 52.

⁷⁷² FAZLIOGLU. “Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet”, *International Data Privacy Law*, Vol. 3, núm. 3, 2013, p. 149: “*The nebulous boundaries and susceptibility to misuse of the right to be forgotten make it a blunt [poco adecuado] instrument for data protection with the potential to inhibit free speech and information flow on the Internet*” (énfasis nuestro y traducción propia).

función, básicamente, del examen exhaustivo del principio de proporcionalidad. Esta ha sido, desde siempre, la posición de nuestro Tribunal Constitucional, estableciendo que los derechos fundamentales pueden ceder ante bienes constitucionalmente protegidos e intereses constitucionalmente relevantes, siempre que esta cesión sea necesaria para lograr un fin legítimo previsto legalmente, y esta cesión sea proporcionada para alcanzarlo, respetando, en todo momento, el contenido esencial del derecho fundamental que se limita⁷⁷³.

Por otro lado, y partiendo de la premisa de que nos movemos en un momento de “proliferación de los derechos”⁷⁷⁴, nos encontramos ante una necesaria y “relativa conciliación entre derechos relativos en conflicto”⁷⁷⁵, con los problemas inherentes que plantea dicha ponderación. La normativa europea en materia de protección de datos ha establecido que, cuando de injerencias en los derechos de terceros se trata, es necesario efectuar el supracitado examen entre ellos. Los límites del derecho al olvido explicados anteriormente precisamente aluden a ese equilibrio entre derechos fundamentales pues la normativa europea circunscribe el ejercicio de un derecho a la supresión de información personal cuando ella es necesaria, entre otras razones, para ejercer la libertad de expresión e información; es en la búsqueda del equilibrio entre estas otras dos libertades informativas en la que centraremos el análisis de este apartado. El art. 85 RGPD reza que:

*“los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria. Para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán **exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), [...] si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la **libertad de expresión e información****” (énfasis nuestro).*

⁷⁷³ Vid. por todas, SSTC 11/1981 de 8 de abril (FJ 7), 57/1994 de 28 de febrero (FJ 6) y 18/1999 de 22 de febrero (FJ 2). Además, consideramos necesario citar el trabajo de OLLERO, A.: “La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Guayaquán*, núm. 7, 2000, pp. 63-74.

⁷⁷⁴ LYNSKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 134.

⁷⁷⁵ STUTE, D.J.: “Privacy Almighty...op. cit.”, p. 679.

En otras palabras, se podría limitar el ejercicio del derecho al olvido digital, como garantía y derecho del interesado en aras a controlar sus propios datos personales, para salvaguardar el ejercicio de otros intereses igualmente legítimos como son la libertad de expresión y el derecho (al acceso) a la información. Por el momento, dado el estado embrionario en el que se encuentra la configuración del derecho al olvido, no existe suficiente casuística jurisprudencial para esclarecer cómo se materializaría un examen de ponderación entre los derechos y bienes jurídicos en conflicto. No obstante, dadas las afinidades con los demás derechos personalísimos y sus garantías jurídicas y examinando la hermenéutica jurisprudencial europea hasta la fecha, a través del recurso y principio de analogía podemos dilucidar algunos elementos de la ponderación y llegar a una serie de conclusiones al respecto. En tal sentido, exponemos las oportunidades y limitaciones del derecho al olvido *vis-à-vis* los dos derechos por antonomasia de las libertades informativas: de nuevo, la libertad de expresión y el derecho a la información.

4.1. La libertad de expresión

La libertad de expresión como derecho fundamental se consagra en el art. 11 CDFUE estableciendo que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. Cabe recordar que no existe normativa europea derivada que desarrolle este derecho, pues a la UE no se le ha conferido una competencia legislativa expresa en lo que a los derechos fundamentales se refiere, por lo que sólo encontramos mención a ella cuando interacciona con la normativa europea en materia de protección de datos. El TJUE ha tenido multitud de ocasiones para ejercer su labor interpretativa y conciliadora entre estos dos intereses en juego. Si bien en su jurisprudencia originaria, no quiso entrar a valorar cuestiones de fondo sobre el mismo (entendemos que ello quizás se debiera a la falta de naturaleza vinculante de la CDFUE hasta la reforma del Tratado de Lisboa en 2007), su desarrollo jurisprudencial (sobre todo el más reciente) ha dejado la puerta abierta a una conciliación desequilibrada curiosamente a favor del derecho fundamental a la protección de datos (entendemos, nuevamente, que quizás se deba, por un lado, a la

aplicación y efectividad de los art. 52.1 y 52.3 CDFUE⁷⁷⁶, en conjunción, por ello, con el art. 10.2 CEDH⁷⁷⁷, y, por otro, a las consecuencias nefastas de una libertad de expresión amplificada y reforzada por la realidad socio-económica actual “*en plena efervescencia de Internet*”⁷⁷⁸).

La relación entre la protección de los datos personales y la libertad de expresión, como se apuntaba anteriormente, se rige por el art. 85 RGPD, que pretende reconciliarlos bajo el supracitado sistema de limitación de los derechos humanos. No obstante, como es bien sabido, la conciliación entre las libertades informativas y la protección de los datos personales es más que problemática por tener que resolver dos derechos fundamentales en “permanente tensión”⁷⁷⁹. De hecho, se ha puesto de sobra manifiesto que, ante la ausencia de una armonización total en esta materia, resulta más revelador la interpretación asumida por el TJUE de la llamada “excepción periodística” en el contexto del tratamiento de datos de carácter personal que la normativa que actualmente la regula⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el **contenido esencial** de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de **proporcionalidad**, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean **necesarias** y respondan efectivamente a **objetivos de interés general** reconocidos por la Unión o a la necesidad de **protección de los derechos y libertades de los demás** [...] En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, su **sentido y alcance** serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” (énfasis nuestro).

⁷⁷⁷ “El ejercicio de estas libertades [informativas], que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, **condiciones**, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas **necesarias**, en una **sociedad democrática**, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, **la protección de la reputación o de los derechos ajenos**, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial” (énfasis nuestro).

⁷⁷⁸ RALLO LOMBARTE, A.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 587.

⁷⁷⁹ PAUNER CHULVI, C.: “La libertad de información como límite Al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 36, 2015, p. 377. El originario y tenso binomio privacidad-libertad de expresión ha conllevado a un debate internacional sobre su difícil conciliación en la era de Internet y la necesaria protección de las libertades informativas: “*the legitimate need to protect privacy and other human rights should not undermine the principal role of freedom of the media and the right to seek, receive and impart information of public interest as a basic condition for democracy and political participation*”. En tal sentido, *vid.* MIJATOVI, D.: *3rd Communication on Open Journalism*, Organization for Security and Cooperation in Europe (OCSE), núm. 1/2016. Disponible en: <https://www.osce.org/fom/219391?download=true>

⁷⁸⁰ *Id.*, pp. 382-383.

Con respecto a la jurisprudencia originaria, en el asunto *Lindqvist*⁷⁸¹, por ejemplo, se alegaba que dicha publicación constituía un ejercicio de la libertad de expresión⁷⁸², y, aunque el TJUE no entró a examinar con detenimiento dicha cuestión, sí que estableció que las disposiciones relativas a la protección de los datos personales no suponían, por sí solas, una restricción ilegítima de la libertad de expresión, pero que no dudaba en la necesidad de buscar, en el ámbito nacional, y sobre la base del principio de proporcionalidad, un “*justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego*”, ponderando, “*por una parte, la libertad de expresión de la Sra. Lindqvist en el marco de su trabajo como catequista [...] y, por otra parte, la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos incluyó la Sra. Lindqvist en su sitio Internet*”⁷⁸³. Esta conclusión y criterios de ponderación se podrían aplicar de idéntica manera en el caso del derecho al olvido.

De manera similar, en el asunto *Satamedia*⁷⁸⁴, el TJUE tampoco entró en el fondo de la cuestión, limitándose a concluir que los derechos personalísimos en la era digital deben conciliarse con la libertad de expresión, que esta debe interpretarse en sentido amplio y que las actividades relacionadas con la misma deben tener las limitaciones estrictamente necesarias⁷⁸⁵, volviéndolo a dejar en manos del juez nacional; ello refleja el entendimiento de este tribunal europeo al considerar que “*una libertad de expresión así de amplia limitaría el potencial -o incluso predominaría sobre- el derecho a la protección de datos*” (traducción propia)⁷⁸⁶. Cabe aprovechar este momento para adelantar que el otro órgano jurisdiccional europeo por excelencia, el TEDH, también tuvo ocasión de pronunciarse sobre este caso y confirmó la hermenéutica del TJUE, aunque se centró en el derecho a la información (también reconocido en el mismo precepto)⁷⁸⁷. Volviendo a lo anterior, algunos autores han considerado que tan amplia consideración de la libertad de expresión tiene como consecuencia inmediata la inclusión de “*prácticamente toda divulgación*

⁷⁸¹ Que, recordemos, versaba sobre la publicación de textos que incluían información que identificaba a compañeros de trabajo de voluntariado, así como información relacionada con la salud y pasatiempos de los mismos. La información adquirida y publicada se hizo sin el consentimiento de las personas implicadas, y así, al recibir las primeras quejas, la Señora Lindqvist eliminó la página. Sin embargo, las autoridades suecas de protección de datos iniciaron igualmente un procedimiento de infracción contra ella por el tratamiento y difusión de datos personales, sin la obtención del permiso previo correspondiente de las autoridades suecas de protección de datos o del consentimiento de las personas afectadas.

⁷⁸² Vid. apartados 30 y 73 de la STJUE de 6 de noviembre de 2003.

⁷⁸³ *Id.*, apartados 85-89.

⁷⁸⁴ Recordemos que versaba sobre la difusión de datos personales fiscales mediante mensajes de texto de telefonía móvil por un pago simbólico.

⁷⁸⁵ Vid. apartados 55-59 de la STJUE de 16 de diciembre de 2008.

⁷⁸⁶ LYNSKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 145.

⁷⁸⁷ Asunto *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia v. Finland*, núm. de recurso 931/13, STEDH de 27 de junio de 2017.

pública de información, pues tiene como único objeto precisamente la difusión de información, opiniones o ideas” (traducción propia)⁷⁸⁸. Además, tememos que, dado el margen nacional con respecto a la gama de excepciones y libertades previstas en este ámbito para los Estados miembros, ello implique un retroceso respecto al proceso de armonización normativa y uniformidad interpretativa de los derechos en juego⁷⁸⁹. El TJUE, además, afirma que la transmisión de información (aunque personal⁷⁹⁰) de interés público se considera efectuada con fines periodísticos independientemente del soporte por el que se transmita; esto incluye la difusión por la Red⁷⁹¹.

Precisamente la distinción que realizó la AG Kokott en el asunto *Satamedia* no fue acogida por el TJUE hasta el asunto *Google Spain*, en el que concluyó que el motor de búsqueda estaba obligado por la normativa europea a borrar información devenida obsoleta de su lista de resultados, desvinculando ciertos datos personales (el nombre e información financiera en ese caso) en el contexto de búsquedas en Internet. En el ámbito de lo concerniente a esta Tesis, consideramos relevante formular tres conclusiones principales de dicho hito jurisprudencial en lo que a la conciliación de los derechos en juego se refiere⁷⁹².

⁷⁸⁸ LARSON, R.G.: “Forgetting the First Amendment: How Obscurity-Based Privacy and a Right to be Forgotten are Incompatible with Free Speech”, *Communication Law and Policy*, núm. 18, 2013, p. 106.

⁷⁸⁹ Quizás por ello, la Abogada General (AG) Kokott sugirió al TJUE examinar dicho equilibrio bajo el prisma de una libertad de expresión más delimitada, proponiendo una concepción de ‘interés periodístico’ en un sentido más estricto: “*En cualquier caso existe un interés público cuando las informaciones se refieren a un debate público real [...] Sin embargo, es dudoso que se comunique información relativa a cuestiones de interés público cuando se distribuyen detalles de la vida privada que no guardan relación con una función pública de la persona de que se trate, en particular, cuando dicha comunicación únicamente tiene por objeto satisfacer la curiosidad de un determinado público sobre la vida privada de una persona y, pese al posible grado de notoriedad de la persona, no puede considerarse que ello contribuya a discusión alguna que sea de interés general para la sociedad [...]*” (vid. apartados 73 y 74 de las Conclusiones de la Abogada General la Sra. Juliane Kokott presentadas el 8 de mayo de 2008).

⁷⁹⁰ Según Rodríguez-Izquierdo, “*la sensibilidad de los datos es menor, al no estar tratada como tal en la Directiva. Por tanto, parece que cuando el artículo 9 de la Directiva hace posible que, por motivos relacionados con la libertad de información, se excepcionen las exigencias de la normativa de protección de datos, hace igualmente viable la ponderación de los derechos enfrentados en situaciones específicas*”. Vid. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62, núm. 2, 2014, p. 112.

⁷⁹¹ Vid. apartado 60 de la STJUE de 16 de diciembre de 2008.

⁷⁹² Como aclaración previa, resulta necesario referenciar que el entonces Grupo de Trabajo del art. 29 emitió un documento para ayudar en la tarea de conciliación jurídica a la hora de implementar el derecho al olvido en Internet, titulado “Directrices sobre la implementación del fallo del Tribunal Europeo de Justicia en el caso ‘Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos Personales y Mario Costeja González’ el 26 de noviembre de 2014.

En primer lugar, consideramos importante subrayar que el TJUE cambia su criterio conciliador, devaluando⁷⁹³, o si se prefiere, ejerciendo un favoritismo inédito de un derecho fundamental frente a otro en lo que a las búsquedas en Internet se refiere (lo que no ha estado exento de crítica a nivel europeo⁷⁹⁴). Esto se debe, en gran parte, a que ha calificado la protección de datos como ‘derecho’ y las demás libertades informativas como ‘intereses’ (concretamente con expresiones tales como “interés económico del gestor de tal motor”, “interés legítimo de los internautas” o “interés general en la libertad de información”)⁷⁹⁵. De tal modo, y como ya hemos sostenido más arriba, bajo la justificación del poder y potencial devastador del funcionamiento de los motores de búsqueda, el TJUE no sólo establece definiciones y ámbitos territoriales amplios y pro-privacidad al interpretar la normativa europea, sino que también adopta un enfoque e interpretación favorable a asegurar una protección efectiva y completa del derecho a la protección de datos de carácter personal en su vertiente o garantía del derecho al olvido, decantándose inmediatamente, y en contra de la opinión independiente del Abogado General asignado al caso⁷⁹⁶, por este derecho frente a otros derechos igualmente fundamentales como son los intereses económicos o de expresión de los operadores de la información o como lo es el derecho a la información de los internautas.

En segundo lugar, cabe decir, en aras a garantizar la precisión intelectual, que el TJUE, en su examen de ponderación, no hace ningún análisis específico del art. 11 CDFUE, según el cual se reconoce y protege la libertad de expresión e información, mencionando dicho derecho únicamente como elemento perteneciente al art. 9 de la entonces vigente Directiva de protección de datos en su apartado de legislación aplicable. No obstante, sí que hace referencia a que, en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados tenga repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información personal en cuestión, será necesario buscar

⁷⁹³ Kulk y Zuiderveen, por ejemplo, lo han venido llamando una falta notoria de ‘interés’ o ‘atención’ en la libertad de expresión. *Vid.* KULK, S. y ZUIDERVEEN BORGESIJUS, F.: “Google Spain v. González: Did the Court Forget About Freedom of Expression?”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 3, 2014, p. 392.

⁷⁹⁴ *Vid.*, por todos, KULK, S. y ZUIDERVEEN BORGESIJUS, F.: “Google Spain v. González: Did the Court Forget About Freedom of Expression?”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 3, 2014, pp. 389-398.

⁷⁹⁵ *Vid.* apartados 69, 81 y 91 de la STJUE de 13 de mayo de 2014, respectivamente.

⁷⁹⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Habla de una situación económico-digital sin precedentes y la necesidad de establecer un equilibrio “entre diversos derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de empresa, por un lado, y la protección de los datos personales y la privacidad de los particulares, por otro” (vid. apartado 2), de la libertad de expresión de los editores de páginas web (vid. apartado 122), finalmente desaconsejando fallar a favor de un derecho al olvido digital en el caso concreto (vid. apartados 132-133)

un justo equilibrio entre los intereses y derechos en conflicto⁷⁹⁷. Será por ello que Rodríguez-Izquierdo sí que considera que el tribunal ha asentado algunos criterios de ponderación al (i) separar la actividad de indexación de sus fuentes originales, en este caso un medio de comunicación cuya difusión estaba amparada legalmente, (ii) aclarar que los derechos a ponderar son los del interesado como titular de los datos y los demás intereses a favor del acceso inmediato e universal de la información, y, de manera más importante, (iii) examina elementos determinantes tales como la relevancia pública de la persona y de la información que se difunde (*“A mayor relevancia pública del titular de los datos, mayor sería el peso del derecho de los receptores de la información. Y viceversa”*⁷⁹⁸).

Y, en tercer y último lugar, si bien el TJUE no efectúa un análisis interpretativo concreto de las demás libertades informativas, sí que hace especial hincapié en la existencia de un derecho al olvido para el titular de los datos de carácter personal, con el objetivo de reforzar el control sobre su información personal y las limitaciones que este tendría. Este derecho, de nuevo según Rodríguez-Izquierdo, *“existiría siempre y cuando la ponderación previa de derechos en conflicto, los del titular de los datos frente a los de los internautas, receptores de contenidos, así lo hicieran deducir”*, introduciendo según él, un *“nuevo modelo de ponderación para conflictos entre libertades comunicativas y protección de datos, situando en un vértice a los derechos de la personalidad y en otro a los derechos, difusos, de un público receptor a acceder a la información excepcionada”* por la normativa europea de protección de datos⁷⁹⁹. Asimismo, el TJUE, pese a las fuertes críticas socio-académicas⁸⁰⁰, ha establecido una clara regla -interés público menguante, derecho al olvido creciente- por la que la protección de los datos personales prevalecería salvo en casos en los que exista un interés público en conocer información personal, por ejemplo, de un personaje público⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ Vid. apartado 81 de la STJUE de 13 de mayo de 2014.

⁷⁹⁸ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62, núm. 2, 2014, p. 113.

⁷⁹⁹ *Id.*

⁸⁰⁰ Vid., por todas, HENDEL, J.: “Why Journalists shouldn’t Fear Europe’s Right to be Forgotten”, *The Atlantic*, 25-01-2012. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/01/why-journalists-shouldnt-fear-europes-right-to-be-forgotten/251955/>

⁸⁰¹ Como concluye, en el apartado 99 de la STJUE de 13 de mayo de 2014: *“habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas,*

Este hito, quizás, no se lea de manera tan optimista tras la adopción del RGPD, pues amplía y clarifica los casos (incluyendo los archivos periodísticos, como plasmación directa de la libertad de expresión) en los que existen razones legítimas para mantener los datos de carácter personal, limitando (o, más bien, impidiendo) el ejercicio del derecho al olvido. Con independencia de la valoración que hagamos de ella, tal búsqueda de equilibrio y vaivén de ponderación resultan necesarios puesto que:

“por un lado, no tiene sentido que en un régimen democrático los Estados puedan restringir o prohibir el free flow of news que favorece el debate público y una opinión pública más informada imponiendo reglas muy exigentes e inapropiadas como pudiera ser la obligación de recabar el consentimiento del interesado cuando se desee difundir datos especialmente protegidos en el contexto de una información sobre asuntos de interés público [...] Pero, por otro lado, tampoco cabe excluir con carácter general a los medios de comunicación de la aplicación de la normativa en materia de protección de datos [...] sin garantizar que la recogida, almacenamiento y difusión de los datos personales se lleva a cabo conforme a parámetros de legitimidad y sin vulneración de otros derechos personales”⁸⁰².

La gran tensión *prima facie* en la que coexisten el derecho a la protección de datos (y por extensión, el derecho al olvido) y la libertad de expresión, como dos derechos igualmente fundamentales es indudable. Botón de muestra es el reconocimiento de ambos en el Derecho primario (incluyendo la CDFUE y los propios Tratados de la UE) así como sus reverberaciones en el RGPD, la Directiva Policial y el RIPD, entre otros instrumentos del marco europeo de protección de datos⁸⁰³. Si bien los esfuerzos en búsqueda de un adecuado equilibrio han sido destacables, tanto por parte de los mecanismos de control como de los tribunales, para algunos, este sigue siendo “incompleto, normativamente discutible, opaco y precario”⁸⁰⁴. En esta línea Erdos ha enfatizado que tanto la jurisprudencia europea como nacional deberán acometer los temas críticos que no ha

como el **papel desempeñado por el interesado en la vida pública**, que la **injerencia** en sus derechos fundamentales está **justificada por el interés preponderante de dicho público en tener**, a raíz de esta inclusión, **acceso a la información de que se trate**” (énfasis nuestro).

⁸⁰² PAUNER CHULVI, C.: “La libertad de información como límite...*op.cit.*, pp. 392-394.

⁸⁰³ ERDOS, D.: “European Regulatory Interpretation of the Interface between Data Protection and Journalistic Freedom: An Incomplete and Imperfect Balancing Act?”, *University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, núm. 61, 2015, p. 33.

⁸⁰⁴ *Id.* p. 34.

abordado el TJUE en el asunto *Google Spain*, y de manera especial, el sopesamiento de la libertad de expresión y el derecho al olvido⁸⁰⁵.

No obstante lo anterior, como hemos podido apreciar de la última exégesis jurisprudencial del TJUE, el principio *favor libertatis* se ha aplicado sistemáticamente a favor del derecho al olvido y sus valores axiológicos subyacentes, estableciendo, aunque tímidamente al principio, que el derecho al olvido no es absoluto pero que tiene carácter preferente sobre el interés del público a conocer la información personal siempre y cuando no exista un justificado interés preponderante y esencial en conocer dicha información a través de una búsqueda genérica, como es, por ejemplo, el caso de personajes públicos⁸⁰⁶, y, por añadidura, para datos especialmente sensibles, requerirá también de límites que respeten su contenido esencial⁸⁰⁷ y que superen un examen estricto de proporcionalidad, y, como último elemento garante, determinando su prevalencia en circunstancias excepcionales ateniendo a la situación particular del interesado y permitiendo una remodulación y re-contextualización en el orden de presentación de las listas de resultados de búsqueda⁸⁰⁸.

4.2. El derecho (al acceso) a la información

En lo que al derecho a la información se refiere, tan vinculado a principios y objetivos de transparencia en marco europeo de protección de datos⁸⁰⁹, este se encuentra arraigado y protegido por la libertad de expresión en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos⁸¹⁰. A nivel supranacional, sin entrar a valorar a

⁸⁰⁵ ERDOS, D.: “Unlikely to be forgotten: assessing the implementation of Google Spain in the UK three years on” en TAMBOU, O. y BOURTON, S. (Dir.) *The Right to be Forgotten in Europe and Beyond*, Blogdroiteuropéen, Collection Open Access Book, Luxembourg, 2018, p. 76.

⁸⁰⁶ Establecido por primera vez en el asunto *Google Spain*, y luego referenciado en los asuntos *Google LLC v. CNIL* y *GC y Otros v. CNIL*.

⁸⁰⁷ Recordemos que, en caso de dudas de cómo equilibrar la balanza a través de la doctrina normativa y jurisprudencial europea, debemos acudir a las pautas que marcan la CDFUE con relación a las limitaciones relativas a los derechos fundamentales del art. 52.1 CDFUE, teniendo su equivalente en el marco hermenéutico del TEDH sobre el conflicto entre la vida privada y la libertad de expresión.

⁸⁰⁸ Establecido por primera vez en el asunto *Manni*, y detallándolo y añadiéndole en el asunto *GC y Otros v. CNIL*.

⁸⁰⁹ *Vid.*, en tal sentido, TOMÁS MALLÉN, B.: “Transparencia y protección de datos: nuevos desafíos para la garantía europea de los derechos fundamentales”, en RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R. (Coords.) *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Towards a new European data protection regime*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 819-851.

⁸¹⁰ Tanto en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, en adelante) de 1948 como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, en adelante) de 1966 se consagra el derecho a la libertad de opinión y expresión que incluye, entre otros, la libertad de buscar, recibir y difundir cualquier información. El CEDH establece en su art. 10 un derecho a la libertad de expresión

fondo su consagración normativa primaria y secundaria⁸¹¹, y por lo que nos interesa en este capítulo, el primer apartado del art. 11 CDFUE entendemos que también consagra una libertad general de información, vinculada a la libertad de expresión, incluido el derecho a recibir y difundir información. Además, también resultaría interesante analizar la vertiente del derecho de acceso a la información pública en tanto parte del derecho fundamental a la buena administración, también consagrado en la CDFUE, en sus arts. 41 y 42, y en tanto límite al derecho fundamental a la protección de datos⁸¹², en general, y al derecho al olvido, en particular. El TJUE ha tratado, en numerosas ocasiones, la difícil tarea de conciliación entre la protección de datos personales y el acceso a documentos, aunque resulta necesario examinar al menos dos de ellos: el asunto *Bavarian Lager* y el asunto *ClientEarth, PAN Europe v. EFSA, Comisión Europea*.

En primer lugar, en el asunto *Bavarian Lager*⁸¹³, el TJUE finalmente, a través de un examen de la CDFUE, los tratados constitutivos y los considerandos correspondientes del reglamento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, recordó, por un lado, que el objetivo del mismo era establecer un sistema de protección completo y garantizar una protección uniforme y coherente en lo que al tratamiento de datos personales se refiere⁸¹⁴, y, por otro, esto se aplicaba a “«*todo tratamiento de datos personales efectuado por las instituciones y los organismos comunitarios*» y «*en cualquier contexto*»”⁸¹⁵. En este sentido, el TJUE basó gran parte de su argumentación jurídica en una interpretación literal y teleológica del art.

amplio que incluye el derecho a recibir y difundir información. En el seno del CdE también encontramos que la Carta Social Europea Revisada de 1996 (CSE, en adelante) ha tratado de proteger el derecho a la información, ya sea en un contexto laboral o social (vid. los arts. 19, 21, 26 y 29).

⁸¹¹ GONZÁLEZ ALONSO, L.N. y MANGAS MARTÍN, A.: *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Editorial Constitución y Leyes (COLEX), Madrid, 2002; NAVARRO HERANDO, I.: “Derecho de acceso a la documentación en la Unión Europea”, *Cuadernos Cantabria Europa*, núm. 13, 2014, pp. 34-55; LYNSKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, pp. 135-137.

⁸¹² En tal sentido, es de obligada referencia TOMÁS MALLÉN, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.

⁸¹³ Asunto C-28/08, *Comisión Europea v. Bavarian Lager Co Ltd.*, STJUE de 29 de junio de 2010. Este caso, vehiculado a través de un recurso de apelación (o casación si se prefiere) versaba sobre la anulación de la decisión del Tribunal General de la Unión Europea por la que, en el marco de un proceso de infracción por incumplimiento, fallaba a favor del derecho de acceso a información de las instituciones (concretamente al acta de reunión con todos los nombres de los participantes de la misma) por considerar que la asistencia a reuniones como representantes de una institución europea no perjudicaba de manera alguna a su vida privada o intimidad, y por ende, no podían oponerse a su identificación. En apelación, el TJUE revocó esa decisión considerando que, en ausencia de consentimiento de algunos de los miembros de la reunión, la Comisión Europea actuó de conformidad con la normativa europea en materia de acceso a documentos institucionales, proporcionando el documento con algunos datos personales tachados.

⁸¹⁴ Vid. Apartado 50 de la STJUE de 29 de junio de 2010.

⁸¹⁵ *Id.*, apartado 52.

4(1)(b) del reglamento institucional⁸¹⁶, que es la única disposición que establece el vínculo directo entre esta y la normativa de protección de datos, concluyendo que el Tribunal General no la tomó consideración en su examen de ponderación con el derecho a la privacidad de los datos⁸¹⁷. De hecho, el TJUE va más allá y establece que la normativa controvertida:

*“no permite separar los casos de tratamiento de datos personales en dos categorías, a saber, una categoría en la que ese tratamiento sería examinado únicamente sobre la base del artículo 8 del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este artículo y otra categoría en la que dicho tratamiento estaría sujeto a la dispuesto por el Reglamento n° 45/2001”*⁸¹⁸.

Así, el TJUE entendía que, cuando se solicita información personal de un fichero bajo el poder de una institución europea, hay que demostrar una necesidad justificada (“un objetivo expreso y legítimo”) para revelar de información de carácter personal (“para obtener íntegramente el documento de que se trata”)⁸¹⁹.

De este caso podemos extrapolar que parece haber, de manera explícita, una prevalencia de la normativa de protección de datos de carácter personal sobre la normativa relativa al acceso a información en manos de las instituciones europeas, ya que parece ser que del examen de ponderación nace la obligación de inaplicar una para asegurar la otra. En contra de esto se pronuncia Lynskey proponiendo un entendimiento diferente de esta disposición, mediante el uso del derecho a la privacidad como “mediador” de ambos derechos en conflicto, estableciendo dos componentes (“limbs”) claramente diferenciados de esta disposición: “o bien una denegación del acceso a información que interfiere con la privacidad e integridad del individuo (primer componente)”, o bien, para asegurar “la conformidad con la normativa europea sobre protección de datos (segundo componente)”(traducción propia)⁸²⁰ y así no caer en la trampa de suponer que la falta de

⁸¹⁶ Que reza “Los datos personales deberán ser: [...] b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines[...]”.

⁸¹⁷ Vid. Apartado 58-59 de la STJUE de 29 de junio de 2010.

⁸¹⁸ Id., apartado 61.

⁸¹⁹ Id., apartados 77-80.

⁸²⁰ LYNKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 140.

conformidad con la normativa de protección de datos inmediatamente siempre implica una injerencia en la privacidad e integridad de la persona⁸²¹.

Cabe adelantar que este entendimiento fue desafiado en el asunto *Dennekamp*⁸²², cuando el Tribunal General tuvo que interpretar el derecho de acceso a documentos (en este caso bajo el poder del Parlamento Europeo) y el derecho a la protección de datos de aquellos individuos que no habían dado su consentimiento a la divulgación de sus datos personales, concluyendo finalmente que no se había demostrado con suficiente claridad la necesidad de que los datos personales también fueran divulgados⁸²³. Por todo ello, y recordando que el derecho a la vida privada e intimidad (lo que el generalmente engloba como *privacy*) son derechos independientes y autónomos del derecho a la protección de datos, aunque en muchas ocasiones el menoscabo del segundo suponga una injerencia en el primero, no siendo mutuamente excluyentes.

En segundo lugar, en el asunto *ClientEarth, PAN Europe v. EFSA, Comisión Europea*⁸²⁴, si bien versaba sobre la exclusión de datos de carácter personal (a saber, los nombres de los eurodiputados) en una solicitud de acceso a documentos institucionales, lo cierto es que el tribunal no enfocó su argumentación jurídica en el derecho fundamental a la protección de datos (ni siquiera en el derecho a la privacidad) ni finalmente falló a favor de los mismos. La alegación tendente a objetar la difusión de los nombres de expertos se basaba en la necesidad de garantizar la imparcialidad de los expertos en el

⁸²¹ *Id.*, p. 141 citando precisamente el análisis del Tribunal General.

⁸²² Asunto T-82/09, *Gert-Jan Dennekamp v. European Parliament*, STGUE de 23 de noviembre de 2011 que versaba sobre una solicitud de acceso a documentos relativos a la afiliación de algunos miembros del Parlamento Europeo al llamado “plan de pensiones adicional”. En la decisión impugnada, el Parlamento Europeo constató que la divulgación de los documentos solicitados por el demandante sería desproporcionada en relación con los objetivos del solicitante y los bienes jurídicos a proteger (la integridad y privacidad de los individuos) según la propia normativa de acceso a documentos.

⁸²³ Así se explica en el apartado 40 de la STJUE de 23 de noviembre de 2011: “*In the contested decision, the European Parliament found that Article 4(1)(b) of Regulation No 1049/2001 required the institutions to refuse access to a document where disclosure could undermine the privacy and the integrity of an individual, in the light, in particular, of the EU legislation on the protection of personal data, of which Regulation No 45/2001 forms part. Since the applicant’s request for access concerned personal data, as was noted in paragraph 27 above, the Parliament found that no provision of Regulation No 45/2001 should be left unapplied on the ground that it is incompatible with Regulation No 1049/2001. Thus, the Parliament correctly applied Article 4(1)(b) of Regulation No 1049/2001 – in accordance with Commission v Bavarian Lager, paragraph 13 above, paragraph 59 – without construing broadly the exception under that provision or treating the concept of privacy in the same way as that of data protection. Since the request for access was examined in accordance with Article 4(1)(b) of Regulation No 1049/2001*”.

⁸²⁴ Asunto C-615/13, *ClientEarth, Pesticide Action Network Europe v. European Food Safety Authority, European Commission*, STJUE de 16 de julio de 2015 que versaba, nuevamente, sobre la denegación de acceso completo a documentos (en este caso bajo el poder de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria) pues se había procedido a tachar los nombres de los científicos expertos que participaron en el informe de orientación sobre qué documentación científica debe unirse a las solicitudes de autorización de comercialización de productos fitosanitarios.

ejercicio de sus tareas como miembros del comité de expertos sobre esta materia; además, se justificaban los perjuicios a la intimidad (a través de insultos y ataques individuales) de aquellos cuya colaboración se había solicitado. Sin embargo, dado que la finalidad de la solicitud de acceso venía fundamentada precisamente para valorar supuestos sesgos en dicha neutralidad, y para evitar la aplicación genérica de denegación de acceso a documentos en los que se haya solicitado la opinión de expertos previa la adopción de un acto europeo con serias consecuencias para los demás operadores jurídicos en el sector, se impone una prueba de riesgo y perjuicio “concreto y efectivo” para el interés protegido⁸²⁵. Así, observamos que, en función de las razones específicas y justificadas durante el examen de ponderación de los intereses en juego, se inclinará la balanza a favor de un derecho u otro, no existiendo derechos absolutos ni invalidaciones automáticas cuando de derechos fundamentales se trata.

Los ejemplos citados se han escogido precisamente para ilustrar que no resulta descabellado equiparar, cuando menos extrapolar, en un examen de ponderación entre el derecho fundamental a la protección de datos y un derecho a la información o a la libertad de expresión, esta ratificación jurisdiccional sobre la legitimidad de tachar datos de carácter personal (a fin de cuentas, eliminarlos o desvincularlos del individuo en cuestión) con el fin de proteger la integridad e intimidad personal; esta es una situación similar (cuando no idéntica) a la del derecho al olvido como mecanismo para la eliminación o desvinculación de datos de carácter personal, con el fin de proteger el libre desarrollo de la persona. Con ello, y con los hitos jurisprudenciales previamente analizados acerca del derecho al olvido, observamos interpretaciones que, si bien pretenden conciliar los intereses en juego, tienden a posicionarse a favor del derecho al olvido, como mecanismo y garantía de defensa de los derechos personalísimos del individuo ante la imparable y potencialmente dañina digitalización.

En la tesitura expuesta sobre la difícil conciliación entre el derecho al olvido, la libertad de expresión y el derecho a la información, cabe apuntar que compartimos la perspectiva de Bernal del derecho al olvido no como arma rojadiza, sino como “fuerza positiva”⁸²⁶ y garantía para las supracitadas libertades informativas. La argumentación que proporciona para avalar que el derecho al olvido complementa (e incluso actúa a favor de) los dos

⁸²⁵ *Vid.* apartados 68-70 de la STJUE de 16 de julio de 2015.

⁸²⁶ BERNAL, P.: “The right to be forgotten as a positive force for freedom of expression”, en TAMBOU, O. y BOURTON, S. (Dirs.) *The Right to be Forgotten in Europe and Beyond*, Blogdroiteuropéen, Collection Open Access Book, Luxembourg, 2018, p. 78.

derechos presuntamente contrapuestos al mismo se basa, a grandes rasgos, en la mejora que supone para los motores de búsqueda (y subsiguientemente para aquellos que acuden a ellos para informarse) el tener información válida, actualizada exacta y relevante, pues como apunta, el sistema referencial de Google tiene sus propias paradojas tanto en lo relativo al comportamiento en la utilización de los motores de búsqueda como en el propio funcionamiento (no tan neutral como quisiera pensarse) de los mismos⁸²⁷.

En consecuencia, un derecho al olvido, sobre todo en su faceta de desindexación, que no implica la eliminación de la fuente original, sea esta de índole periodística o no, sino de la vinculación de un nombre con un determinado enlace, ni impide que, con otros términos de búsqueda ajenos al nombre se encuentre la información deseada, parece más bien reforzar el buen periodismo y garantizar la puesta a disposición de información relevante y actualizada (precisamente por ello, en el siguiente capítulo, proponemos denominarlo “derecho a la re-contextualización digital”).

⁸²⁷ *Id.* pp. 79-80.

CAPÍTULO III: REGULACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Consagración y evolución normativa del derecho al olvido: de la visión pionera de la LORTAD a las grandes ilusiones de la LOPDGDD.

La Carta Magna española fue pionera en la *constitucionalización* de garantías frente a los riesgos inherentes a la revolución tecno-digital de la época. No obstante, más de cuatro décadas después, resulta incuestionable que la sociedad actual se enfrente a nuevos riesgos de una “no solo mutada, sino también globalizada, informática”⁸²⁸. De tal modo, y como esgrime Rallo, nos enfrentamos a un desafío colosal: el de “*constitucionalizar nuevos derechos que satisfagan la demanda social de protección frente a riesgos y amenazas [sociodigitales] presentes y futuras*”⁸²⁹. Como ya hemos apuntado, el derecho fundamental (y constitucional en el ordenamiento español) a la protección de datos requiere, al igual que la tecnología de la que nos pretende proteger, de una actividad tuitiva dinámica, reconociendo nuevos derechos y garantías efectivas. Sin lugar a dudas, el derecho al olvido se presenta como uno de estos nuevos derechos y garantías emergentes.

El ordenamiento jurídico español, hasta hace relativamente poco tiempo, no contaba con una base jurídica específica que reconociera, de manera explícita, u ofreciera la posibilidad de desarrollar, un derecho al olvido digital. Si bien cabe adelantar la existencia de un reconocimiento informal del derecho al olvido digital, a través del papel pionero de la Agencia Española de Protección de Datos y sus resoluciones relativas a la cancelación de datos personales en multitud de escenarios del entorno digital⁸³⁰, esto no conllevó una positivización de dichos desarrollos en el terreno normativo hasta una fecha reciente. No obstante lo anterior, resulta necesario plasmar, a continuación, la evolución normativa del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico español, con un doble objetivo: tomar como base el éxito logrado hasta ahora y aprender de los errores pasados, con el fin último de mejorar el sistema de garantías de los derechos en juego.

⁸²⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Repensando el Derecho Constitucional a la Protección de Datos...*op. cit.*, p. 158.

⁸²⁹ RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...*op. cit.*, p. 137.

⁸³⁰ SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España...op.cit.*, pp. 204-221; y RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 55-135.

En primer lugar, la promulgación de la *Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación* (“LODR”, en adelante) muestra uno de los primeros intentos de poner en marcha el mandato legislativo formalizado en el art. 18.4 CE, aunque se presentara con el objetivo de velar por una tutela más efectiva de los efectos perjudiciales de la información inexacta relativa a la persona⁸³¹, y aunque se tratase de una garantía un tanto diferente a la que es objeto de este trabajo. En este último sentido, cabe destacar que, si bien el ejercicio de este derecho⁸³² está vinculado a información fáctica difundida (a saber, hechos o información de carácter personal y no opiniones) con algún componente inexacto o incierto, por cualquier medio de comunicación, no supone un borrado de la misma, sino una suerte de “contraversión” añadida al espacio público informativo⁸³³. De tal modo que, si no se llevara a sede judicial, existirían dos versiones diferentes de unos mismos hechos, en aras de cumplir con el interés colectivo de recibir información y de la “búsqueda y recepción de la verdad”⁸³⁴, con el consiguiente gravamen para el libre desarrollo y dignidad de la persona. Quizás por esta razón, se le haya llamado más bien derecho de réplica o de alegación⁸³⁵, y tal vez por ello fuera tan necesario desarrollar un derecho que permitiese eliminar o

⁸³¹ El primer artículo de la Ley concretamente establece que *“toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”*.

⁸³² Que no se debe confundir con el derecho de rectificación reconocido en la clásica LOPD (art. 16) ni en la LOPDGDD (art. 14) en base al cual se tiene derecho a pedir gratuitamente al responsable de cualquier fichero, que rectifique, corrija o complete datos nuestros que sean inexactos o incompletos; ni tampoco confundirse con la tutela derivada de *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, donde el resarcimiento implica, entre otras, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria del infractor, con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. De hecho, por ello, la nueva LOPDGDD, reconoce esta versión del mismo, concretamente en su art. 85 un derecho de rectificación en Internet estableciendo que: *“los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original”*.

⁸³³ Así se pronunció en la STC de 20 junio 2011: *“la rectificación opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una “contraversión” sobre hechos en los que el sujeto ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación. La relevancia pública del espacio informativo en el que queda comprometida la formación de la opinión, justifica la acogida de versiones que permitan el contraste de informaciones en ese mismo espacio mediante la aportación de datos por quien se ve implicado en alusiones que considera inciertas y lesivas de su reputación”* (FJ 4).

⁸³⁴ Así ya se había pronunciado nuestro intérprete supremo con anterioridad en la STC 51/2007, de 12 de marzo (FJ 8).

⁸³⁵ LÓPEZ, A.: “El mal llamado Derecho de Rectificación”, *Blog Alopezletrado*, 3-2014. Disponible en: <http://www.alopezletrado.com/2014/03/el-mal-llamado-derecho-de-rectificacion.html> ; y GUDE, E.: “El derecho de rectificación, una cuestión de medida”, *Diario Jurídico*, 5-2013. Disponible en: <https://www.diariojuridico.com/el-derecho-de-rectificacion-una-cuestion-de-medida/>

impedir la divulgación de dicha información, que es el objeto principal y consecuencia inmediata del ejercicio del actual derecho al olvido.

En segundo lugar, con la aprobación de la LORTAD ya se comenzaba a idear una fórmula embrionaria de derechos emergentes, con la finalidad de frenar las peores consecuencias de la entonces aún incipiente ‘ciencia de datos’, al amparo de la previsión del art. 18.4 CE. Así, la norma no sólo ponía especial énfasis en la noción de “privacidad” como distinta de la intimidad, sino que definía esta última como “*un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado*”. Además, la Ley aludía a los retos principales de la transformación digital, que consideramos, a su vez, premisas principales de la necesidad del derecho al olvido:

*“hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los **recuerdos** de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una **historia lineal e ininterrumpida de la persona**; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy: Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la **informática posibilita almacenar todos los datos** que se obtienen a través de las comunicaciones y **acceder a ellos en apenas segundos**, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o **remotos** que fueran éstos”* (énfasis nuestro).

De este modo, aunque ni la exposición de motivos ni la parte dispositiva de dicha Ley reconocen o referencian derecho de supresión alguno, sí que apuntan al cambio del concepto de memoria (percedera en tiempos previos al auge de la Red, y ahora una mancha indeleble de nuestra identidad digital), sus nefastas consecuencias para la dignidad de las personas, y la necesidad de establecer mecanismos que la protejan frente al almacenamiento y difusión masiva e instantánea de la información (p. ej. la supresión

de ficheros automatizados de titularidad pública⁸³⁶, la cancelación de datos personales devenidos innecesarios o inadecuados para la finalidad para la cual hubieran sido recabados⁸³⁷). Todas ellas son consideradas “*como piezas centrales del sistema cautelar o preventivo*”⁸³⁸ que pretende instaurar dicha norma.

En tercer lugar, la LOPD, y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la misma (“RDLOPD” en adelante), aunque no reconocen un derecho al olvido propiamente dicho, sí que reflejan facultades de control sobre los datos de carácter personal, regulando los ya conocidos derechos ARCO. Centrándonos en los dos últimos, ya que podrían constituir el punto de partida del derecho al olvido digital⁸³⁹, cabe apuntar que el derecho de cancelación está regulado principalmente en el artículo 16 LOPD y en los artículos 31.2, 32 y 33 RDLOPD, como facultad subjetiva que permite la anulación de datos que han dejado de ser útiles para la finalidad para la que fueron recogidos o tratados⁸⁴⁰, mientras que el derecho de oposición se regula en los artículos 5, 6, 17, 18, 28 y 30 LOPD y en los artículos 23 a 26 y 34 a 36 RDLOPD, como la facultad subjetiva para objetar al tratamiento de datos personales en determinados supuestos⁸⁴¹. Del tal modo, observamos intentos palpables de mostrar la importancia para las personas de retomar el control sobre el destino y uso de sus datos personales ofreciendo una garantía de ello mediante el reconocimiento de nuevos derechos que garanticen un equilibrio entre la naturaleza abierta de Internet y la protección de la privacidad⁸⁴², aunque ello no supusiera la positivización de un derecho específico para los retos del desbordamiento de datos personales y de la hipermemoria informativa.

⁸³⁶ Vid. art. 18 LORTAD.

⁸³⁷ Vid., arts 4 y 15 LORTAD.

⁸³⁸ Vid. Exposición de motivos, apartado 3.

⁸³⁹ De tal modo lo viene observando SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho...*, op. cit., p. 195.

⁸⁴⁰ La propia Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”, en adelante) lo define, en su canal para el ciudadano, como “el derecho de cancelación permite que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos sin perjuicio del deber de bloqueo recogido en la LOPD”. Disponible en: http://www.agpd.es/porta1webAGPD/CanalDelCiudadano/derechos/principales_derchos/index-ides-idphp.php

⁸⁴¹ La AEPD lo define, en su canal para el ciudadano, como “el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo”. Disponible en: http://www.agpd.es/porta1webAGPD/CanalDelCiudadano/derechos/principales_derchos/index-ides-idphp.php

⁸⁴² RALLO LOMBARTE, A.: “A partir de la protección de datos. El derecho al olvido y su protección”, *TELOS*, núm. 85 (octubre-diciembre), 2010, p. 5.

Por esto mismo, en cuarto lugar, y en aras de cumplir con la ya estudiada y novedosa normativa europea, España se embarcó en una reforma del marco español de protección de datos que culminó con la adopción de la ya analizada LOPDGDD. En cuanto al derecho al olvido digital, dicha norma ha reconocido, de manera expresa, un derecho al olvido que presenta una serie de peculiaridades y características que examinamos a continuación.

Por un lado, el derecho no se ve consagrado en el título y capítulo correspondientes a los derechos del interesado (compuesto por los arts. 12-18 LOPDGDD) sino que se encuentra como “garantía de los derechos digitales” (arts. 79-96 LOPDGDD). La justificación de esta decisión propia del ejercicio discrecional de la técnica legislativa no la encontramos en el texto, y, de hecho, la exposición de motivos parece confundir más que aclarar la necesidad de dividir los derechos y garantías digitales, sobre todo cuando denomina estos últimos “*un elenco de **derechos** [y no garantías] digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución*” (énfasis nuestro). Si entendemos, aunque de manera simplista, que, en principio los derechos suponen facultades y las garantías son los medios procesales para darles efectividad, parece difícil entender esta distinción entre facultades por parte del legislador español. Esto resulta todavía más confuso si añadimos que la norma reconoce también un derecho al olvido para las personas fallecidas, en otro apartado separado (art. 3 LOPDGDD), que permite que los herederos puedan solicitar la supresión de datos personales, extendiendo el ámbito del derecho al olvido y por ende permitiendo un mayor control de los datos de carácter personal incluso tras la muerte⁸⁴³, y un derecho propiamente de “supresión” (art. 15 LOPDGDD) mediante el cual se remite al art. 17 RGPD y establece una particularidad en su ejercicio⁸⁴⁴.

Por otro lado, al contrario de lo que sucede con gran parte de los derechos consagrados en ella, la norma no remite el contenido o el ejercicio de dicho derecho a lo establecido por el RGPD, sino que lo divide en dos garantías específicas: un derecho al olvido en

⁸⁴³ En su primer apartado, el artículo establece que aquellas “*personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o **supresión***” (énfasis nuestro).

⁸⁴⁴ “*El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679. 2. Cuando la supresión derive del ejercicio del derecho de oposición con arreglo al artículo 21.2 del Reglamento (UE) 2016/679, el responsable podrá conservar los datos identificativos del afectado necesarios con el fin de impedir tratamientos futuros para fines de mercadotecnia directa*”.

búsquedas de Internet⁸⁴⁵ y un derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes⁸⁴⁶, estableciendo para cada uno su propio desarrollo. En este sentido, el primero hace referencia a un derecho de desindexación o desvinculación de información personal, en el contexto de búsquedas a partir de un nombre cuando dicha información resulte inadecuada, inexacta, no pertinente, no actualizada o excesiva, o hubiera devenido tal por el mero transcurso del tiempo. Similarmente, el segundo hace referencia al derecho de solicitar la eliminación de datos personales facilitados por el interesado o terceros para su publicación en servicios relativos a redes sociales u otros en el contexto de la sociedad de la información equivalentes bajo las mismas condiciones resumidas anteriormente. Todo ello demuestra la pretensión del legislador español: *“ha querido hacer una regulación expresa referida a los motores de búsqueda y a las redes sociales, acorde con la jurisprudencia comunitaria, acogiendo sus principios generales, y pese a que estaban también contenidos en el derecho de supresión. No por ello ha de entenderse que se limita a estos responsables [...]”*⁸⁴⁷.

Con ello, vemos reflejada la manifestación, por antonomasia, de la preocupación que concibió el constituyente español y que ahora desarrolla el legislador debido a la imparable recopilación e intercambio de datos personales, con el consiguiente perjuicio que puede causar su hiperaccesibilidad y “profusa difusión” con el paso del tiempo⁸⁴⁸, en el contexto de motores de búsqueda que, instantáneamente y, de manera organizada, rastrean, indexan y vinculan informaciones personales en la Red. Se ha resumido la situación de partida que produce determinadas situaciones de vulnerabilidad de la siguiente manera: *“superado este espejismo de notoriedad otorgado por la presencia de internet, son cada vez más las voces que reclaman la necesidad de unos límites y de dotar al ciudadano de mecanismos de garantía de sus derechos”*⁸⁴⁹. El actual desarrollo normativo pretende que toda persona pueda requerir el borrado de los enlaces que contienen datos personales obtenidos en listas de resultados, ofrecidos por motores de búsqueda al teclear el nombre del interesado. Si bien puede parecer que ello implicaría un borrado masivo de información de la Red, también es cierto que la disposición correspondiente hace referencia a que el ejercicio de este derecho no impedirá el acceso

⁸⁴⁵ Vid. Art. 93 LOPDGDD.

⁸⁴⁶ Vid. art. 94 LOPDGDD.

⁸⁴⁷ GUICHOT, E.: “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, p. 82.

⁸⁴⁸ RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...*op. cit.*”, p. 144.

⁸⁴⁹ Álvarez citando a Rallo en ÁLVAREZ CARO, M.: *Derecho al olvido en Internet...op.cit.*, p. 67.

a la información publicada en el sitio web (o la fuente original) mediante el uso de otros criterios de búsqueda distintos del nombre del interesado⁸⁵⁰; de este modo, se procura tranquilizar a aquellos que insisten, erróneamente, en que el ejercicio del derecho al olvido implica, necesariamente, una censura o borrado de la historia.

En el contexto de los servicios de redes sociales y demás servicios, todo lo anterior se ha consagrado en el derecho de toda persona a requerir, sin necesidad de aportar motivo alguno (lo que la AEPD comúnmente llama “a su simple solicitud”⁸⁵¹) el borrado de información que hubiesen facilitado ella misma o terceros, para su publicación en dichos servicios. Dicha facultad, no podía ser de otra manera, supone la consiguiente obligación de borrado por parte del prestador de dicho servicio, debiendo proceder a la eliminación, sin dilación, cuando se den las condiciones ya referenciadas (relativas a la falta de adecuación, proporcionalidad, inexactitud, etc.) en el caso de mayores de edad, salvo en el caso de que se trate de datos personales proporcionados por el interesado durante su minoría de edad como podremos observar en el *Capítulo V*⁸⁵²; esto ofrece, como veremos en el capítulo correspondiente a los colectivos vulnerables, mayor protección, a través de una mayor facilidad procedimental, a aquellos que, cada vez a edades más tempranas, facilitan sus datos personales, a menudo sin consciencia de los efectos negativos que tiene dicha exposición sobre su presente y, sobre todo, sobre su futuro.

2. Definición y naturaleza jurídica del derecho al olvido: ¿historia de dos derechos?

2.1. Acercamiento doctrinal a un controvertido concepto en evolución

En los últimos años, la noción de ‘derecho al olvido’ se ha convertido en un recurso jurídico popular en el contexto de la transformación digital a la vez que en un concepto jurídico indeterminado. Si bien para algunos este derecho no constituye, *per se*, una novedad material, considerándolo como una amalgama de derechos pre-existentes “recuñados” para responder con mayor eficacia a las necesidades derivadas de la innovación tecnológica y transformación digital en nuestra vida cotidiana⁸⁵³, otros lo

⁸⁵⁰ Vid. art. 93.2 LOPDGDD.

⁸⁵¹ AEPD: *El derecho fundamental a la protección de datos, Guía para el Ciudadano*, p. 27. Disponible en: http://www.092cr.net/doc/Guia_ciudadana_proteccion_datos.pdf

⁸⁵² Vid. arts. 94.2 y 94.3 LOPDGDD, respectivamente.

⁸⁵³ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo...*op.cit.*”, pp. 335-336.

dotan de autonomía propia y lo definen como una institución jurídica intermedia y nueva entre la protección de datos, la privacidad y la identidad⁸⁵⁴.

Resulta difícil tratar de definir la noción enigmática de tal derecho y su ámbito de aplicación debido a la falta de consenso en la doctrina académica. Por ello, Pizzo lo considera un “fenómeno polifacético” de indudable repercusión tecno-socio-jurídica en “permanente evolución”⁸⁵⁵ y observamos concepciones muy diferentes basadas en el derecho al anonimato⁸⁵⁶, en la efectividad de los principios de la protección de datos a través de la eliminación de datos personales⁸⁵⁷, en revertir lesiones al honor, imagen e intimidad producidas por la difusión de datos personales⁸⁵⁸, o un híbrido de todas⁸⁵⁹. Podemos resumir sus múltiples denominaciones en “*derecho al olvido digital, derecho a la caducidad del dato negativo, derecho a ser olvidado, derecho a la oscuridad digital, derecho a desindexar, derecho a la supresión, derecho al olvido cibernético, derecho a la protección de datos personales on line, derecho a la desvinculación de datos, entre otros*”⁸⁶⁰.

COBACHO LÓPEZ, A. y BURGUERA AMEAVE, L.: “Responsabilidad de los webmasters y derecho al olvido...*op.cit.*”, p. 386.

⁸⁵⁴ GOMES DE ANDRADE, N.N.: “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 13, 2012, pp. 67-83.

⁸⁵⁵ DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.*

⁸⁵⁶ *Vid.*, CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: “La protección de datos personales en Internet”, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1901, 2001, pp. 2923-2924; y BERNAL, P.: “A Right to Delete?”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, núm. 2, 2011.

⁸⁵⁷ PÉREZ, L.: “El ‘derecho al olvido’ en la UE”, *Europa Junta*, núm. 143, 2012, p. 27; PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “El poder de autodeterminación de los datos personales en internet”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm.14 2012, p. 61 (configurándolo no como “*un poder absoluto de los titulares de datos personales para eliminarlos cuando quieran y sin condiciones, sino como una referencia unitaria al ejercicio de las facultades de revocación del consentimiento, oposición y cancelación, ya recogidas en la legislación de protección de datos, frente a los responsables del tratamiento digital*”)

⁸⁵⁸ SEISDEDOS POTES, V.: “Derecho al Olvido. Jaque a Google en Europa”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 2, 2014, pp. 108 y 119-121 (como derecho a poder controlar su reputación u honor on line); 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 (UNED)*, núm. 93 (mayo-agosto), 2015, p. 155-156: “*la intrusión producida posteriormente [por el acopio masivo de los datos] se articula con un carácter reparatorio a través del Habeas Data del 18.4 de la CE y mediante el reconocido como el derecho al olvido o derecho a la supresión de datos*”.

⁸⁵⁹ SUÁREZ VILLEGAS, J.C.: “Gestión de los datos personales en la Red”, *TELOS*; núm. 97 (febrero-mayo), 2014, p. 1: “*El derecho al olvido significa autodeterminación informativa para decidir sobre la cancelación de datos personales y episodios de vida en los motores de búsquedas y en las redes sociales*”.

⁸⁶⁰ TORRES MANRIQUE, J.I.: “Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 13 (julio – diciembre), 2017, p. 213.

Para unos pocos, el derecho al olvido nació muerto⁸⁶¹; algunos lo consideran incluso como una prolongación del derecho a la intimidad⁸⁶² o, de manera más genérica, incluso como un poder de actuación jurídico insertado en el contenido de los demás derechos personalísimos⁸⁶³; algunos otros lo califican como una mera acción de impedir la indexación de la información personal en el contexto de los motores de búsqueda⁸⁶⁴; otros lo han enfocado en la “retirada” e intento de “imposibilitar” el acceso, localización o difusión de los datos personales que pueden lesionar un derecho fundamental⁸⁶⁵; otros hablan de la facultad para hacer efectiva la “*desaparición de todos los datos identificativos de una persona*”⁸⁶⁶, y otros aluden a un recurso para que ciertas informaciones caigan en el olvido de la memoria virtual⁸⁶⁷. Una definición más condensada sobre la base de las anteriores la encontramos como “*la facultad que tiene el titular de un dato personal a eliminar o bloquear información personal que se considera obsoleta por el paso del tiempo o que vulnera sus derechos fundamentales*”⁸⁶⁸. La

⁸⁶¹ TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y a la intimidad...op.cit.*, p. 45.

⁸⁶² SUÁREZ VILLEGAS, J.C.: “El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad...op.cit., pp. 1-2. Así su posición minoritaria la fundamenta en la definición de este derecho como “*una prolongación del derecho a la intimidad para controlar que ciertos episodios no obtengan una difusión permanente en la web y ocasionen un perjuicio gratuito a las personas*”.

⁸⁶³ JORDÀ CAPITÁN, E.R.: “Un nuevo derecho: el derecho al olvido. Y un viejo conflicto...op.cit., p. 169; y ORZA LINARES, R.M.: “El ‘derecho al olvido’ contra la muerte de la privacidad”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 12 (junio) 2017, p. 5: “*una importante herramienta para garantizar la vida privada, en un contexto de crecientes amenazas para la misma, desde instancias tanto públicas como privadas*”.

⁸⁶⁴ COTINO HUESO, L.: “La STJUE del caso google vs AGPD de 2014. Algunos “olvidos” y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en internet”, ponencia en *Seminari interdepartamental de la Facultat de Dret de València*; TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y a la intimidad...op.cit.*, p. 28 (como “*quimera humana de borrar el rastro que Google y el resto de buscadores se han empeñado en hacer perdurar*” y “*derecho que tienen las personas físicas cuyos datos han accedido a los buscadores de páginas web en internet, a que tales datos desaparezcan de los buscadores de tal modo que ya no resulte viable seguir encontrando informaciones antiguas y/o desactualizadas que tras un periodo de tiempo de existencia en la red, se entiende justificado que el sujeto afectado solicite su desaparición*”); y SANCHO LOPEZ, M.: “Nuevas tecnologías, Big Data y derecho al olvido digital: ¿supone el nuevo reglamento europeo de datos personales un cambio de modelo?”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, núm. 7, 2018, p. 13 (como “*nuevo mecanismo de protección concediendo a los usuarios de Internet la posibilidad de suprimir los datos personales [...] de la lista de resultados servida por los motores de búsqueda o publicados en sitios web, redes sociales, blogs, etc*”).

⁸⁶⁵ MINERO ALEJANDRE, G.: “A vueltas con el ‘derecho al olvido’: Construcción normativa y jurisprudencia del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, *Revista Jurídica*, núm. 30, 2014, pp. 129-155.

⁸⁶⁶ HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “El derecho al olvido en Internet...op.cit., p. 145.

⁸⁶⁷ 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*, núm. 22, (julio-diciembre), 2016, p. 174.

⁸⁶⁸ GUASCH PORTAS, V. y SOLER FUENSANTA, J.R.: “El derecho al olvido en Internet”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 989. De manera similar se pronuncia Sancho López, definiéndolo como la facultad que “permite a los interesados el cifrado y borrado online de sus datos personales cuando éstos sean perjudiciales para sus derechos fundamentales”. *Vid.*, SANCHO LÓPEZ, M.: “El derecho al olvido y el requisito de veracidad de la información. Comentario a la STS de España núm. 12/2019, de 11 de enero (ROJ/19/2019)”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 28 (julio), 2019, p. 437.

definición que más nos gusta, aunque también incompleta, es la que nos proporcionan aquellas que han comparado sus respectivos ordenamientos con el de la UE, llegando a la conclusión de que el derecho al olvido “*permite impedir la difusión de información personal a través de Internet. Incluye el derecho a limitar la difusión indiscriminada de datos personales cuando ya no tiene relevancia ni interés público y pueden lesionar los derechos de las personas, aunque la publicación original sea legítima*”⁸⁶⁹.

Quizás por las diversas y diferenciadas definiciones proporcionadas, la doctrina académica ha insistido en el desacierto de su denominación⁸⁷⁰, y, por ende, la necesidad de modificarla: bien hacia un derecho de supresión o borrado⁸⁷¹ o bien hacia un derecho a asegurar que terceros no nos encuentren en la Red⁸⁷² (en otras palabras, a evitar la difusión de información personal en ella)⁸⁷³. Según los máximos expertos en la materia, existen dos vías para la materialización del olvido en Internet: por un lado, “la fijación de un periodo de caducidad de la información” y, por otro, “el ejercicio del derecho fundamental a la protección de los datos personales” a través de los derechos de cancelación y oposición⁸⁷⁴. En el segundo caso, de hecho, Rallo habla de un derecho al

⁸⁶⁹ GERALDES DA CUNHA LOPES, T.M. y RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, S.: “Análisis Comparativo del Derecho al Olvido en México y la Unión Europea” trabajo presentado en el *XI Congreso Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación*, celebrado los días 13 y 14 de octubre de 2015 en Morelia, Méjico, p. 1. De manera similar también se posiciona Orza Linares en numerosas ocasiones. *Vid.* ORZA LINARES, R.M.: “Derechos fundamentales e Internet: nuevos problemas, nuevos retos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18 (julio-diciembre), 2012, p. 318. Manteniendo su postura, más recientemente en ORZA LINARES, R.M.: “El ‘derecho al olvido’ contra la muerte de la privacidad”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 12 (junio) 2017, p. 16: “*este derecho debería entenderse como el derecho de las personas a impedir que datos personales propios circulen por internet sin su consentimiento*”.

⁸⁷⁰ TORRES MANRIQUE, J.I.: “Analizando el derecho fundamental al olvido...*op. cit.*”

⁸⁷¹ ARENAS RAMINO, M.: “Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viajes y nuevas facultades”, en RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R. (Coords.) *Hacia un nuevo Derecho Europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 334.

⁸⁷² BERNAL, P.: “A Right to Delete...*op.cit.*”

⁸⁷³ CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: “El derecho al olvido tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, 2014 (como “derecho del afectado en evitar la difusión de sus datos”); LETURIA INFANTE, F. J.: “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido...*op.cit.*”, p. 96 (como “*fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios*”); JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I.: *El Derecho al olvido digital del pasado penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, p. 187 (que considera que este derecho surge “*con el afán de controlar y limitar la difusión de hechos verídicos, ocurridos tiempo atrás, que pueden condicionar negativamente la vida del interesado, frente a su divulgación actual, con identificación y sin el consentimiento del afectado careciendo de interés público vigente y ocasionando un menoscabo al perjudicado*”); y ARROYO AMAYUELAS, E.: “Prólogo”, en DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.*, p. 18.

⁸⁷⁴ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 32-33. De similar manera se ha pronunciado HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “El derecho al olvido en Internet...*op.cit.*”, p. 136; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “¿Quién debería olvidarnos...*op. cit.*”; GOMES DE ANDRADE, N.N.: “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, En: VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro

olvido como “subsunción” del derecho de cancelación⁸⁷⁵. Son numerosos los autores que incluso niegan la existencia del derecho al olvido como derecho autónomo, siendo una mera concreción del derecho a la cancelación en materia de protección de datos⁸⁷⁶; se ha llamado incluso un “derecho de cancelación especial”⁸⁷⁷.

Todo ello cuadraría con la elección del legislador español antes mencionada consistente en dividir su contenido en un derecho de supresión en el capítulo correspondiente a los derechos del interesado y más adelante consagrar un derecho al olvido para dos situaciones concretas de la transformación digital de la Red de redes. Orza Linares, por ejemplo, en un principio se acogió a dos líneas doctrinales diferentes, pero no mutuamente exclusivas (la necesidad de nuevos derechos ante los desafíos tecnodigitales y la transformación o “derivación” del derecho de cancelación en el derecho al olvido)⁸⁷⁸ para luego hablar del segundo como derecho a disposición del interesado para recuperar el control de sus datos mediante un instrumento jurídico que permite imposibilitar la persistencia de los datos personales en el entorno virtual⁸⁷⁹. Guichot se acoge a la primera, colocando ambos derechos en la misma categoría: el derecho al olvido como sinónimo de supresión y ambos sustitutos del derecho de cancelación⁸⁸⁰. Arzumendi, en cambio, no cuadra del todo con estas propuestas,

de Internet [monográfico en línea], *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 13, 2012, pp. 67-83; SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido...op.cit.*, pp. 97-102; y ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo...op.cit.”, p. 341.

⁸⁷⁵ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, p. 43. Y, a lo que se han sumado otros autores como SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M.: “El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2015, p. 2 y 9 (al hablar del derecho al olvido como “una variante del derecho de cancelación de los datos”); MURGA FERNÁNDEZ, J.P.: “La protección de datos y los motores de búsqueda en internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, núm. 4 (octubre-diciembre), 2017, p. 4 (al hablar de “un derecho a solicitar, en definitiva, que en determinados casos se cancelen datos personales que circulan por Internet”); y BERROCAL LANZAROT, A. I.: *El derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, Madrid, 2017, p. 233 (al hablar de una mera sustitución de la denominación de ‘derecho de cancelación’ por la de ‘derecho al olvido’).

⁸⁷⁶ MOYA IZQUIERDO, S., y CRESPO VITORIQUE, I.: “Los motores de búsqueda y el “derecho al olvido”: cuando la tecnología avanza más rápido que el Derecho”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 10, 2014, p. 33; y MATE SATUÉ, L. C., “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, núm. 2 (abril-junio), 2016, pp.189-190.

⁸⁷⁷ ZÁRATE ROJAS, S.: “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa”, *Nueva Época*, núm. 13 (marzo-mayo), 2013, p. 2.

⁸⁷⁸ ORZA LINARES, R. M.: “Derechos Fundamentales e Internet: nuevos problemas, nuevos retos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, 2012, pp. 275-336. Consideraba que nuevos derechos, que fueran más allá de una adaptación más o menos forzada de los derechos tradicionales ARCO, como el derecho al olvido, eran necesarios en la era actual; a su vez, concebía el derecho al olvido como una implantación del derecho a la cancelación de datos privados anteriores.

⁸⁷⁹ ORZA LINARES, R.M.: “El ‘derecho al olvido’ contra la muerte de la privacidad...op.cit.”, pp. 13 y 26.

⁸⁸⁰ Así, sostiene que sólo existe un derecho al olvido propiamente dicho y no un derecho de supresión. En otras palabras, sólo defiende un derecho a desindexar: “en realidad el «derecho al olvido» es equivalente

defendiendo la independencia de este derecho respecto de los derechos de cancelación, rectificación y oposición⁸⁸¹, aunque no duda de su estrecha correspondencia⁸⁸². Así pues, lo definen como el derecho que posibilita al ciudadano el control sobre el uso de sus datos en la Red, particularmente en aquellos casos en los que, pasado un periodo de tiempo, son susceptibles de utilizarse para fines distintos de aquellos que justificaban inicialmente su recopilación y difusión. Otra línea interesante resulta ser la que, cogiendo prestados términos anglosajones, hace alusión a un “derecho a la oscuridad digital”⁸⁸³ o a “un derecho al silencio en Internet”⁸⁸⁴.

Davara Rodríguez, con mayor pretensión de exhaustividad, y de manera técnicamente precisa, lo define como “*aquel derecho que tiene el titular de un dato [personal] a que éste sea borrado o bloqueado, cuando se produzcan determinadas circunstancias y, en particular, a que no sea accesible a través de la Red*”⁸⁸⁵. Con respecto a este segundo punto, concreta que significaría un “*derecho del interesado a que la información no se ponga a disposición del público en general*”⁸⁸⁶. Quizás esta definición sea de interés, pues expone dos vertientes claramente diferenciadas, o si se prefiere, dos tipos de derechos al olvido: por un lado el borrado de datos personales de un fichero, y por otro, su ocultación en esa Red omnipotente, omnipresente e hipermnesiada, que lo recuerda todo y no olvida ni perdona nada.

El derecho al olvido parece todavía considerarse un concepto jurídico joven⁸⁸⁷. Quizás por su estado aún incipiente, y dado que no es más ni menos que una construcción jurídica que pretende dar respuestas efectivas a los problemas socio-digitales de la actualidad, nos atrevemos a facilitar una definición abstracta y general, con el objetivo de acoger su

al «derecho al desindexado» (sea por el editor o por el buscador, que ambos pueden técnicamente hacerlo y hemos analizado condenas de ambos tipos, a Google, pero también a medios de comunicación) y no al «derecho a la supresión» de datos cuya publicación, en su momento, cumplió con las condiciones de veracidad y relevancia”. Vid., GUICHOT, E.: “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido...*op.cit.*, pp.79-80 y 88.

⁸⁸¹ ARZUMENDI, 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*, núm. 92, 2015, p. 281.

⁸⁸² Al igual que MATE SATUE, L. C.: “¿Qué es realmente el derecho al olvido...*op.cit.*, p. 192.

⁸⁸³ PAZOS CASTRO, R.: “El mal llamado ‘derecho al olvido’...*op.cit.*, p. 52.

⁸⁸⁴ HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “El derecho al olvido en Internet...*op.cit.*, p. 140.

⁸⁸⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: “El derecho al olvido en Internet”, *Diario La Ley*, núm. 8, 2013, p. 137.

⁸⁸⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: “A vueltas con el derecho al olvido”, *Diario La Ley*, núm. 6, 2015, p. 750.

⁸⁸⁷ SEISDEDOS POTES, V.: “Derecho al Olvido. Jaque a Google en Europa”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 2, 2014, p. 121

aplicación a todos los casos, previsibles y no previsibles, que se identifiquen con el mismo. Así, podríamos definir este derecho al olvido como el término genérico que reúne tanto el derecho a obtener la supresión de datos personales de un fichero como el derecho a que se oculten datos personales, de tal suerte que, aunque tratados de manera legítima en su origen, dicho tratamiento ha devenido irrelevante o inadecuado con el paso del tiempo y dadas las características particulares del interesado y del ‘infocosmos’ que supone la Red y los servicios digitales análogos necesitan situarse en un estado de menor accesibilidad. Al margen del análisis efectuado anteriormente, consideramos relevante adelantar que, a efectos de evidenciar el acomodamiento tecno-jurídico de esta definición, propondremos nuestra propia taxonomía en el siguiente apartado.

2.2. Necesaria diferenciación entre derechos al olvido: una propuesta tipológica

Adaptando los matices que señala Pilar Mañas, reconstruimos su reflexión respecto de que *“a veces se confunde el derecho al olvido en Internet y el derecho al olvido respecto a los buscadores. Son cosas distintas”*⁸⁸⁸. A nuestro parecer, debería constar más bien de la siguiente manera: a veces se confunde el derecho al olvido y el derecho al olvido en la era digital. Una cosa es el derecho al olvido (en el que incluimos la supresión en el contexto del almacenamiento digital como subcategoría específica) y cuestión bien distinta es el derecho al olvido en la era digital actual (en la que incluimos el derecho al olvido en la Red y con respecto a los motores de búsqueda como subcategorías específicas). No obstante, no todos los autores han considerado acertada esta concreta tipología, estableciendo la suya propia⁸⁸⁹.

De hecho, la propuesta de dos derechos al olvido no es novedosa, pues, por un lado, el propio RGPD daba pie a confusión (o, a entendimientos alternativos) al diferenciar, a lo largo de su articulado, el derecho de supresión del derecho al olvido, aunque ambos

⁸⁸⁸ GARCÍA HERRERÍA, C.: “José Luis Piñar: El derecho al olvido exige un balance de intereses”, *Diario Exterior: Análisis y Opinión*, 25-06-2014. Disponible en: <https://www.eldiarioexterior.com/jose-luis-pinar-el-derecho-44000.htm>

⁸⁸⁹ Algunos autores han hablado de un derecho al olvido, reconocido en el RGPD, como mero derecho de supresión o derecho a eliminar información sobre uno mismo, y de un derecho al olvido, jurisprudencialmente reconocido por el TJUE, como derecho de desindexación contra los motores de búsqueda. *Vid.*, en tal sentido, COFONE, I.N.: “Online harms and the right to be forgotten” en COFONE, I.N. (Ed) *The Right to be Forgotten: A Canadian and Comparative Perspective*, Routledge-Taylor & Francis, New York y Londres, 2020, p. 4. Otros han categorizado el derecho al olvido en tres subderechos. *Vid.* SLANE, A.: “Search Engines and the Right to be Forgotten: Squaring the Remedy with Canadian Values on Personal Information Flow”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 55, núm. 2, 2018, pp. 257-373.

quedasen oficialmente regulados como una figura en su art. 17. De una minuciosa lectura de las disposiciones de la norma observamos que, en la parte expositiva del RGPD, encontramos alusiones a un derecho al olvido como ampliación del derecho de supresión (hablando de la supresión de enlace, copias o réplicas en el entorno en línea)⁸⁹⁰, alusiones a dos derechos bien diferenciados cuando se habla del ejercicio de las facultades del interesado o, concretamente “del derecho de supresión, [del derecho derecho] al olvido”⁸⁹¹, e incluso distinguiendo, dentro su propio listado de definiciones, entre supresión y destrucción⁸⁹². Por otro lado, si bien la parte expositiva de la LOPDGDD se centra en un derecho de supresión, su parte dispositiva también ofrece distintos derechos al olvido: para el derecho de supresión⁸⁹³ se remite al artículo correspondiente de la norma europea, titulado “derecho de supresión (‘derecho al olvido’)” y establece, como ya hemos visto, un derecho al olvido en dos entornos digitales concretos (en búsquedas de Internet y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes)⁸⁹⁴.

De tal modo, consideramos necesario establecer una clara diferenciación entre un derecho de supresión de información personal almacenada (sea esta digital o no), y un derecho a una suerte de restauración digital que libera a la persona de las cadenas de un pasado que no se corresponde con la realidad, pero que consta, de manera instantánea, universal y descontextualizada, como la única verdad presente para cualquiera que la busca en Internet (lo que hemos decidido llamar “derecho al libre desarrollo de la identidad digital” o a la “re-contextualización digital”). En cualquier caso, ambos pretenden ofrecer, como elocuentemente propuso Mayer-Schönberger, un principio de ecología⁸⁹⁵ en el ámbito de la mutada informática. Conviene pues, como estudiosos del Derecho, elaborar un deslinde conceptual preliminar y articular unas delimitaciones justificadas del enfoque tipológico propuesto, evitando así, lo que ha venido llamándose “una anarquía conceptual”⁸⁹⁶.

⁸⁹⁰ Vid. Considerando 66 RGPD.

⁸⁹¹ Vid. Considerando 156 RGPD.

⁸⁹² Vid. art. 4.2 RGPD.

⁸⁹³ Vid., de nuevo el art. 15 LOPDGDD.

⁸⁹⁴ Vid., de nuevo, los arts. 93 y 94 LOPDGDD.

⁸⁹⁵ MAYER-SCHÖNBERGER, V.: *Delete: The Virtue of Forgetting...op.cit.*, pp. 157-164.

⁸⁹⁶ REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad...op.cit.*, p. 68.

2.2.1. Derecho al olvido como derecho a la supresión en el contexto genérico del almacenamiento.

A día de hoy, la innovación tecnológica y la transformación digital ofrecen ilimitadas posibilidades de almacenamiento, intercambio y difusión de datos de carácter personal, allende el soporte papel. Con el auge del almacenamiento y las tecnologías creadas para la búsqueda de información, la vida de las personas se ha convertido en una cadena ininterrumpida y perfectamente documentada. De tal forma que debe existir un derecho a la supresión o borrado de datos personales de un fichero, sea digital o no, sea automatizado o no, cuando haya razones legítimas para ello (en tal sentido, recordamos los requisitos incorporados no sólo por la normativa europea y española, sino por los garantes nacionales y supranacionales con respecto a la protección de datos). Quizás por ello, la normativa supracitada diferencia entre supresión (para el caso del almacenamiento digital) y destrucción (para el caso del almacenamiento en formato físico).

Así pues, aquí quedarían gran parte de los supuestos del derecho al olvido, entendido como derecho de supresión de datos de carácter personal, siguiendo un camino parecido a los tradicionales derechos de cancelación y oposición del tratamiento⁸⁹⁷. De hecho, consideramos necesario recordar que el derecho de cancelación ha desaparecido del marco regulatorio europeo y español (pasando a ser llamado ‘derecho de supresión’ en los instrumentos jurídicos principales de la materia, aunque con las nuevas particularidades que ya hemos analizado en el capítulo anterior). Además, recordemos que la AEPD, en numerosas ocasiones ha dejado claro que *“para el derecho de supresión (al olvido) se suprimirán los datos de los interesados cuando los interesados manifiesten su negativa u oposición al consentimiento para el tratamiento de sus datos y no exista deber legal que lo impida”*⁸⁹⁸.

En línea con los principios fundamentales de protección de datos, nos referimos, por tanto, a un derecho a suprimir información “a su debido tiempo”. Ello se podría configurar como un derecho concebido desde un principio (en el marco de la privacidad por diseño y por defecto), como consecuencia natural del principio de limitación del tratamiento o

⁸⁹⁷ Así lo ha planteado Rallo, aunque se ha centrado en el derecho de oposición como *“instrumento proporcionado/equilibrado para un ejercicio reactivo- ni preventivo ni censor- del derecho al olvido”*. Vid. RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 174-177.

⁸⁹⁸ Vid. RAEPD del procedimiento sancionador núm. PS/00431/2018, p.3.

del principio de retención mediante plazos de destrucción de datos personales⁸⁹⁹ (actuando desde una vertiente de prevención o como un derecho *ex ante*), o como un derecho *ex post*, como reacción ante la retención excesiva de dichos datos y frente a los perjuicios sufridos. No obstante, consideramos que, para evitar los problemas inherentes, desde el punto de vista técnico y de conciliación, con otros intereses en juego, este derecho debería centralizarse en un derecho reaccional (*ex post*) o de defensa, fundamentado sobre la base de la retirada del consentimiento o, tras el paso del tiempo, sobre la base de una falta de conformidad con los principios de protección de datos. De hecho Koops lo resume de la siguiente manera: con respecto a su objeto, es un borrado de datos; con respecto al tipo de derecho, es un derecho del interesado; con respecto a su enfoque, se ciñe a la recopilación y almacenamiento de datos; con respecto a su alcance, es genérico; con respecto al ámbito jurídico, se aplica la legislación en materia de protección de datos, y, con respecto a su ejecución, será una ejecución por diseño⁹⁰⁰.

Son numerosas las películas de espionaje que, basadas en hechos y prácticas reales, a menudo muestran un mecanismo parecido al que proponemos desde la privacidad por diseño: se le da a un agente un mensaje en una cinta, y tras el paso de un periodo relevante y necesario en la disponibilidad de dicha información, esta se autodestruye ¿No podrían nuestros propios datos personales, sobre la premisa de la seguridad personal, en ciertos casos, ser tan importantes y confidenciales como para, tras un periodo de retención absolutamente necesario, dar paso a su destrucción, al igual que en el acceso y destrucción de información confidencial y secreta en el contexto de la seguridad nacional? La existencia de un principio (y obligación) de supresión de datos, como contraposición al principio de retención de datos, a través, por ejemplo, de programas y calendarios de destrucción de datos es una vía interesante para el ejercicio efectivo del derecho al olvido. Este, por supuesto, debe ser flexible en función de la naturaleza de los datos personales, de quién sea el responsable del tratamiento y para qué fines tenga almacenada dicha información.

⁸⁹⁹ Como propone, por ejemplo, KEELE, B.J.: “Privacy by Deletion: The Need for a Global Data Deletion Principle”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 380-383.

⁹⁰⁰ KOOPS, B.J.: “Forgetting Footprints...*op. cit.*”, p. 28.

2.2.2. Derecho al olvido como derecho a la re-contextualización digital *vis-à-vis* los servicios de la sociedad de información

También nos planteamos definir el derecho al olvido como derecho al libre desarrollo de la identidad digital, por su claridad conceptual, aunque ello manifiesta, más bien, el fundamento y la necesidad de su reconocimiento, pues su “*exigencia no es tanto la de bloquear informaciones, sino de atribuirle una importancia en el contexto de un escenario general que ve la identidad como protagonista*” (traducción propia)⁹⁰¹. Así, el derecho a la re-contextualización se concebiría como un derecho a la integridad contextual en clave temporal: restaurando los esquemas digitales para asegurar que el retrato que nuestros datos dejan en la memoria digital refleja, con la mayor precisión posible, quiénes somos. Esta concepción lleva implícita el rechazo categórico a la noción de que el derecho al olvido implica una censura o la ruina de las libertades informativas, pues no se trata de eliminar, *per se*, informaciones veraces en un momento dado, sino de disminuir o reducir su accesibilidad, elevando el esfuerzo para obtenerlas. Ello es especialmente necesario con el auge de la expansión de la Red y los servicios digitales, pues han inmortalizado nuestra existencia, lo hayamos consentido o no, en un espacio de ilimitada información universal e instantáneamente accesible; haciendo imposible despegarse del pasado y, por ende, frustrando todo intento hacia el autodesarrollo o la automejora.

Desde luego el término, si bien quizás no sea la mejor palabra, describe perfectamente ese deseo de la persona a ser olvidado, a quedar libre de las cadenas que supone información existente en el dominio público que con el paso del tiempo, y por el propio funcionamiento (no tan neutral) de los motores de búsqueda, se ha visto distorsionada o ha quedado descontextualizada. Por ello, proponemos un derecho a la re-contextualización o restauración digital en dos casos concretos, de manera similar a como lo ha hecho la LOPDGDD. Por un lado, tendríamos un derecho al olvido, entendido como la desindexación de datos de carácter personal frente a los motores de búsqueda, ciñéndose la re-contextualización o restauración digital, bien a través de la desvinculación o disociación de los enlaces que conducen a la fuente original en donde se encuentra la información en cuestión, o bien de trasladarlos a las últimas páginas de los resultados de

⁹⁰¹ FINOCCHIARIO, G.: “Il diritto all’oblio nel quadro dei diritti della personalità” en ZENO-ZENCOVICH, V. (Dir.) *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma-Tre Press, Roma, 2015, p. 32.

búsqueda⁹⁰². Por ende, no supone un borrado de información veraz, sino la imposición de un obstáculo para evitar su excesivamente fácil accesibilidad; en otras palabras, el derecho al olvido simplemente hace las indagaciones en la Red más difícil, pero no hace, en absoluto, imposible encontrar información personal cuyo tratamiento cumple con los principios de protección de datos o que cumple con objetivos de interés general (pensemos, por ejemplo, en el caso de boletines oficiales digitales).

Por otro lado, tendríamos un derecho al olvido como una restauración digital en el contexto de publicaciones de datos personales en servicios de redes sociales u otros servicios equivalentes entendidos como cualquier servicio que disponga de un sitio en Internet (pensemos, por ejemplo, en el caso de medios de comunicación online o aplicaciones que permiten publicación de información por parte de sus usuarios). Coincidiendo de nuevo con Koops, nos referimos, por tanto, a un derecho que “sufrir menos problemas y desafíos al reducirse a un ámbito más modesto y limitado”⁹⁰³. De hecho, él lo resume de la siguiente manera: con respecto a su objeto, es un bloqueo de datos; con respecto al tipo de derecho, aunque no compartimos su apreciación jurídica, lo considera más bien una obligación del responsable del tratamiento; con respecto a su enfoque, aunque tampoco estamos de acuerdo, se ciñe al uso y decisiones derivadas del tratamiento de los datos; con respecto a su alcance, es sectorial; con respecto al ámbito jurídico, se aplica la legislación relativa al sector, y, con respecto a su ejecución, será a través de medidas asociadas de supervisión⁹⁰⁴.

3. Contenido y presupuestos para el ejercicio del derecho al olvido

3.1. El derecho al olvido como derecho y garantía

Si bien el derecho al olvido, tal y como se había reconocido y desarrollado hasta el 2018, no se concebía doctrinalmente como un derecho fundamental, a pesar de que algunos recientemente hayan aludido a ello por su conexión con el derecho fundamental

⁹⁰² Pues como bien se ha observado el 90% de los usuarios no leen más allá de la primera página de resultados al hacer una búsqueda en la Red. Vid. BERNAL, P.: “The right to be forgotten as a positive force...*op.cit.*, p. 79.

⁹⁰³ KOOPS, B.J.: “Forgetting Footprints...*op. cit.*, pp. 27-28, lo que concreta aludiendo a: “*fine-grained, context-specific [...] in which people are particularly vulnerable to being unduly confronted with detrimental information about their past*”.

⁹⁰⁴ *Id.*, p. 28.

a la protección de los datos personales⁹⁰⁵, no puede negarse su inequívoca conexión con la dignidad humana y demás derechos personalísimos vinculados a la misma, siendo una facultad de actuación jurídica ante potenciales injerencias. Tampoco puede negarse su consideración de derecho instrumental para proteger la identidad⁹⁰⁶ personal (incluida la digital) ni su consideración de garantía para los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁹⁰⁷. El entramado jurídico-normativo y la naturaleza jurídica del derecho al olvido han pretendido configurar un modelo tuitivo de la privacidad en la era digital, concibiéndose en España como “*garantía de derechos fundamentales en la realidad online*”⁹⁰⁸, sobre todo si se pretende proyectar únicamente como un reforzamiento procesal del derecho a tener el control sobre los datos personales (conocido generalmente como *Habeas Data*⁹⁰⁹). No obstante, de la reciente acogida por el TC, debemos señalar su consideración de derecho fundamental:

*“si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es, porque se integra entre ellas, el derecho al olvido. Esta conclusión puede extraerse sin dificultad de la configuración que hace nuestra jurisprudencia del artículo 18.4 CE, al definirlo como un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer [...] y establecer que tales derechos son, entendidos como haz de facultades de su titular, el derecho a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, y el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos, esto es el derecho de supresión”*⁹¹⁰.

⁹⁰⁵ Así se posicionan HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “El derecho al olvido en Internet...*op.cit.*, p. 115; y TORRES MANRIQUE, J.I.: “Analizando el derecho fundamental al olvido...*op. cit.*, entre otros.

⁹⁰⁶ MONTALBANO, L.: *El reglamento europeo de protección de datos personales y el derecho al olvido*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2019, pp. 214-215.

⁹⁰⁷ SAURA, J.R., PALOS SÁNCHEZ, P.R. y DEBASA NAVALPOTRO, F.R.: “El problema de la reputación online...*op. cit.*, p. 225: “Este derecho en el contexto de la retención de datos se ha propuesto recientemente como un derecho fundamental. Las motivaciones son muy variadas: ya sea por cansancio o por un cambio de ideología o de costumbres, porque se contrajo una deuda que se pagó hace mucho tiempo y aún aparece o simplemente por ser imputado en un Juzgado de Instrucción y, posteriormente, sobreesido por la Fiscalía. La casuística es cada día mayor y la legislación resulta obsoleta a todos los efectos”.

⁹⁰⁸ RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...*op. cit.*, p. 146.

⁹⁰⁹ Para un análisis detallado sobre esta figura jurídica, *vid.*, por todos, MASCIOTRA, M.: “La demanda de hábeas data”, *Revista de derecho procesal*, núm. 2, 2004, pp. 241-270; SÁNCHEZ CARNELLI, L.: “Las garantías constitucionales y el habeas data”, *Revista de derecho público*, núm. 30, 2007, pp. 15-27; PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C.: “Nuevas tendencias en la protección procesal de los derechos fundamentales: el habeas data”, en GIMENO SENDRA, J.V., y REGUEIRO GARCÍA, M.T. *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales* / 2015, pp. 471-486.

⁹¹⁰ *Vid.* STC 58/2018, de 4 de junio (FJ 5).

Es cierto que el fundamento del derecho al olvido, encuentra su base en el derecho fundamental a la intimidad y, sobre todo, en el derecho fundamental a la protección de datos, ambos reconocidos en el artículo 18 (apartados 1 y 4, respectivamente) de la CE y ratificado por nuestro TC. De este modo, se ha entendido que este último precepto reconoce a las personas el poder de control y disposición sobre sus datos personales a través de una serie de facultades⁹¹¹, entre las que, como ya hemos argumentado, se debe anclar el derecho al olvido digital⁹¹². Recordemos, además, que el art. 18.4 CE establece un mandato legislativo con el objeto de limitar los abusos de las NTIC en aras de garantizar los derechos fundamentales de la persona. Y, precisamente por ello, debido al ritmo acelerado de la transformación tecnológica y digital, así como a las respuestas garantistas consolidadas a nivel europeo, encontramos nuevas afectaciones al diseño constitucional español de los derechos fundamentales.

Es igualmente importante anclar el fundamento del derecho al olvido digital, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, consagrados en el art. 10.1 CE, pues, recordemos, tanto la posibilidad como la finalidad del derecho al olvido responden a cuestiones inherentes a la dignidad y libertad personales, y estas no son otra cosa que el *“punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”*⁹¹³. Así, el derecho al olvido, al igual que los derechos de personalidad, inextricablemente ligados al mismo, encuentra su fundamentación en la necesidad de evitar el menoscabo de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad; en otras palabras, tiende a evitar que el derecho de toda persona a llevar una vida sin restricciones subjetivas, gravámenes perpetuos o estigmatizaciones crónicas se vea imposibilitado.

Así, a continuación expondremos, brevemente, una serie de elementos configuradores e integrantes de la naturaleza jurídica y contenido del derecho al olvido, en tanto que derecho, para luego examinar sus características concretas como garantía. Con este fin, adaptaremos las consideraciones de Rebollo Delgado: *“la ausencia de uno de ellos merma una comprensión global del derecho, o deja en penumbra su configuración actual en el ordenamiento jurídico español”*⁹¹⁴.

⁹¹¹ Vid. por todas, una vez más, la célebre STC 290/2000 de 30 de noviembre, (FJ 7).

⁹¹² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles...*op.cit.*, p. 244.

⁹¹³ Recordemos una vez más la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3).

⁹¹⁴ REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad...op.cit.*, p.116.

Si bien hemos mantenido el carácter relacional entre el derecho al olvido y el derecho fundamental a la protección de datos, configurándose el primero como facultad del segundo, lo que indudablemente conllevaría a calificarlo más de garantía que de derecho, no deja de ser cierto que el poder independiente, unitario y voluntario que el ordenamiento jurídico español le atribuye al individuo, para proteger sus derechos personalísimos en la era de la transformación digital, a través de la exigencia de una acción concreta (supresión u ocultación de información) y una omisión (no difundir la información), parece sugerir la posibilidad de considerarlo como derecho subjetivo. De este modo, la faceta positiva del derecho al olvido, resumida en el poder de control sobre el uso que se hace de los datos personales, o, en otras palabras, la libertad de decidir sobre la identidad y el desarrollo personal de uno mismo, legitimaría su entendimiento como derecho subjetivo⁹¹⁵. Su carácter de derecho de defensa vendría legitimado más bien por la faceta negativa del derecho al olvido, puesto que la solicitud de supresión de un fichero o de ocultación de información personal en la Red se ve habilitada como derecho a defenderse frente a intromisiones improcedentes o inadecuadas en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal, de la intimidad informática y demás derechos fundamentales, en choque frontal con las NTIC y la realidad socio-económica actual.

Lo que sí resulta indiscutible sería su carácter de garantía de libertad. Sin lugar a dudas, definir la noción de libertad resulta extraordinariamente difícil y, como se ha podido comprobar en el primer capítulo de este trabajo, de manera similar a lo que sucede con el derecho a la intimidad⁹¹⁶, el valor o bien jurídico protegido por el derecho al olvido es, en gran parte, la libertad del individuo en sí. Una libertad que se enfrenta a los abusos a los que pueda verse sometida como consecuencia directa o indirecta del tratamiento automatizado de sus datos personales; el derecho al olvido, se concibe así como una garantía para el libre desarrollo vital del individuo y, de igual manera que el derecho fundamental a la protección de datos, se manifiesta en la capacidad de decidir por uno mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar información de carácter personal (también llamada ‘autodeterminación informativa’). Utilizando una vez más la analogía

⁹¹⁵ Además, el propio TC ha entendido que, en principio, y aunque habla específicamente de derechos fundamentales, la garantía de la libertad en un ámbito de existencia suele hacer alusión a derechos subjetivos. *Vid.*, por todas STC 25/1981, de 13 de agosto (FJ 5): “[...] derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. [...]”.

⁹¹⁶ Al que Díez-Picazo naturalmente cataloga como “derecho de libertad”. *Vid.* DIEZ PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 326.

constitucional con respecto al derecho a la intimidad, el derecho al olvido aparece como garantía de la libertad vital del individuo:

“nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos [...] y protegen el ejercicio de libertades concretas o de aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (verbigracia, art. 18 C.E.), sin que sea ahora necesario entrar en el complejo problema de si esta protección implica sólo obligación negativa del Estado o también la obligación positiva de dictar las normas y adoptar las medidas oportunas para salvaguardar estas libertades en la relación recíproca entre los ciudadanos”⁹¹⁷.

3.2. Contenido objetivo y subjetivo

Es evidente que, en el contexto de los derechos emergentes, se están reconociendo nuevos horizontes de protección y un *“nuevo haz de prerrogativas para la protección de datos personales, unas posibilidades de acción especialmente adecuadas para el tipo específico de vulneración”⁹¹⁸* propias del progreso informático, entre las que se encuentra el derecho estrella a un olvido digital. Como elocuentemente lo ha enfocado Arenas Ramiro, el derecho al olvido parece entenderse como una obligación del responsable a suprimir los datos personales del interesado y a abstenerse de darles más difusión, lo que no parece esclarecer cual es el verdadero contenido del derecho al olvido⁹¹⁹, y lo que, consiguientemente implica una necesidad de concretar su contenido, objeto y demás particularidades.

Con respecto a su objeto, cabe recordar que el derecho al olvido no pretende suprimir u ocultar cualquier tipo de información, sino aquella calificada como información de carácter personal, o mejor dicho, como ‘dato personal’. Recordemos que tanto la normativa y jurisprudencia europea, como la española (a través de un proceso de *constitucionalización* del Derecho europeo) ha positivizado que esto implica cualquier información numérica, alfabética, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a una personas físicas, que las identifica directamente o las hace identificables, sea por estar ligadas a su identidad (como sería información relativa a su

⁹¹⁷ Vid., por todas, STC 89/1987, de 25 de junio (FJ 2).

⁹¹⁸ ARZUMENDI, A.: “Por un derecho al olvido para los europeos...*op. cit.*, pp. 281-282.

⁹¹⁹ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo...*op.cit.*, p. 359.

nombre y apellidos, domicilio, filiación, una fotografía, etc...) sea por estar vinculadas al lugar que ocupan en la sociedad (estudios, ocupación, enfermedades, orientación sexual, etc.)⁹²⁰.

En otro orden de cosas, si bien hemos expuesto que el derecho al olvido podría ser una facultad concreta y parte integrante de la vertiente positiva del derecho fundamental a la protección de datos, ello no significa que no goce de su propio contenido, cimentado, nuevamente, sobre un elemento positivo y otro negativo. Castro, por ejemplo, lo expone, en relación con la determinación de un interés (o falta) de un olvido forzado, de la siguiente manera:

*“exige, desde una **vertiente positiva**, un análisis en donde se mezclan aspectos objetivos (relativos al **contenido** de la información y los datos que se publican) y subjetivos (relacionados con las **circunstancias del afectado**, y especialmente con su notoriedad pública), que han de conectarse con un juicio de proporcionalidad que exige determinar si la conservación o difusión de los datos sin el consentimiento de su titular o incluso en contra del mismo, es necesaria (si no existe una medida menos lesiva para cumplir el mismo fin) y es idónea (sirve para cumplir el fin propuesto). Y desde una **vertiente negativa** es preciso tomar en consideración el **factor tiempo**. Será necesario ponderar la permanencia de ese interés en el tiempo, problema que guarda una especial importancia cuando del ejercicio del ‘derecho olvido’ se trata, pues, aun cuando la utilización de los datos pudiera estar justificada en un principio, el paso del tiempo ha podido hacerlo desaparecer, especialmente cuando los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados. La actualidad de la información y de los datos que incorpora puede dejar de ser relevante, desapareciendo el interés público que justificaba su inicial publicación. Y es esa **pérdida de actualidad la que resulta especialmente trascendente para acceder al derecho al olvido, dado que precisamente es el paso del tiempo y la voluntad del afectado de que determinados datos o informaciones no sigan siendo accesibles al conocimiento público, unido***

⁹²⁰ Existen datos que no son considerados ‘de carácter personal’, entre los que se incluyen aquellos que estén anonimizados, cifrados o presentados con un seudónimo y que no permitan la posibilidad de identificar a la persona, números en registros mercantiles, entre otros. Un derecho al olvido no prosperaría contra este tipo de información. *Vid.*, entre otros, arts. 2, 4.1, 4.5, y 17 RGPD, así como los Dictámenes 4/2007 sobre el concepto de datos personales y 05/2014 sobre técnicas de anonimización del Grupo de trabajo del artículo 29.

al hecho de la intemporalidad de los datos en internet, la que justifica el ejercicio del derecho al olvido” (énfasis nuestro).

En efecto, por un lado, la consideración o no del interesado como figura pública o persona con trayectoria pública será determinante en la prosperabilidad del ejercicio del derecho al olvido, pues este debe conciliarse con el derecho de acceso a información de interés público. Por otro lado, y en lo que más nos interesa, el criterio del tiempo queda intrínsecamente vinculado a la necesidad de ejercitar y conceder un derecho al olvido. El derecho al olvido, se identifique como derecho de supresión o borrado de información o como un derecho para hacer más difícil su accesibilidad, le proporciona al interesado un instrumento para oponerse a la persistente y despiadada memoria digital. La realidad tecno-digital permite la accesibilidad de información de todo tipo a lo largo del tiempo e independientemente del mismo. Y así, dado que *“el tiempo juega un papel vital en el olvido biológico, deberá también jugar un papel clave en el ejercicio del derecho al olvido”*⁹²¹. Como consecuencia de lo expuesto, el factor tiempo se utiliza como indicador del momento concreto en el que la retención cesa de respetar los principios de calidad, y por tanto, se abre la puerta del ‘olvido’, y como criterio en la ponderación de intereses en conflicto, favorece que la balanza oscile a favor del derecho al olvido frente a los demás derechos y libertades informativas⁹²².

Pese a que existe una obsolescencia natural en el “ciclo vital”⁹²³ de los datos y que la relevancia o veracidad de la información de un momento dado quedan diluidas por el paso del tiempo, las posibilidades que ofrece la Red con las hemerotecas digitales y la indexación por parte de los motores de búsqueda hace de esta algo automáticamente accesible, resucitando noticias obsoletas e irrelevantes, reflejándose como acontecimientos actuales tras una simple búsqueda. La información pasada resucitada implica una recuperación perfecta y con fuerza expansiva de etapas vitales, hechos o emociones supuestamente superadas y olvidadas, a costa de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Y es precisamente, ante esta situación cuando surge la necesidad del

⁹²¹ KORENHOF, P., AUSLOOS, J., SZEKELY, I., AMBROSE, M., SARTOR, G. y LEENES, R.: “Timing the Right to Be Forgotten: A Study into “Time” as a Factor in Deciding About Retention or Erasure of Data”, en *Reforming European Data Protection Law*, Springer, Bruselas, 2014, p. 171

⁹²² *Id.*, pp. 184-189 y 189-196, respectivamente.

⁹²³ Llamados “information life cycles” por AMBROSE, M.L.: “It’s About Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to Be Forgotten”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 399-407.

derecho al olvido, legitimado, en gran parte, por la perversión del tiempo en la era digital, ya que:

“un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir por el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”.

De tal forma que, una vez transcurrido un periodo de tiempo razonable, el tratamiento de datos deja de ser legítimo y el perjuicio sobre los derechos de la personalidad pasa a ser desproporcionado, requiriendo, como remedio, una eliminación de dicho vínculo atemporal. Nosotros, además, entendemos que, dada la íntima relación existente entre la protección de datos, la intimidad, y el libre desarrollo de la personalidad, como derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, el poder de control de los datos y su tratamiento, empieza, indudablemente, por la obtención del consentimiento del interesado. Y, por el contrario, dicha libertad o autodeterminación informativa implica que, frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a las libertades derivadas de un uso ilegítimo o inadecuado del tratamiento automatizado de dichos datos, esta termina en la posibilidad de evitar ese tratamiento, a través de la revocación del supracitado consentimiento o del ejercicio de los derechos ARCO⁹²⁴.

4. Titularidad y ejercicio

Con independencia de la naturaleza jurídica que se le otorgue al derecho al olvido, resulta indiscutible que, a día de hoy, constituye una de las facultades más trascendentales atribuidas al titular de los datos de carácter personal, convertido, por un lado, en un derecho a solicitar la eliminación de dicha información, y por otro, consiguientemente, en una eventual imposición de una obligación de hacer para aquellos terceros que la disponen y tratan; si bien, por supuesto, no comporta una obligación de olvidar (siendo

⁹²⁴ Para más estudio sobre estas dos “caras” de la “moneda”. Vid. PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “El poder de autodeterminación...*op. cit.*, pp. 64-73; y ARIAS MAIZ, V.: “Una excepción al principio del consentimiento informado no contemplada en el artículo 6 LOPD: el uso de datos personales por medios de comunicación”, en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.). *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 560-577.

ello, recordemos, prácticamente un imposible⁹²⁵), sí conlleva una obligación de poner los medios necesario para que el olvido sea más viable. De una lectura del RGPD directamente aplicable en España y de la reciente LOPDGDD concluimos que el derecho al olvido tiene como objeto la supresión de datos de carácter personal, definidos como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable”*, entendiéndose esta como *“toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*⁹²⁶.

El RGPD, y así se ha plasmado en la adaptación legislativa española, contempla seis supuestos⁹²⁷ en los que el interesado podrá ejercer su derecho al olvido: (1) cuando los datos ya no son necesarios en relación con fines para los que fueron recogidos o tratados; (2) cuando el interesado retira su consentimiento; (3) cuando el interesado se opone al tratamiento; (4) cuando los datos son tratados ilícitamente; (5) cuando sea para cumplir una obligación legal, y (6) cuando dichos datos se hayan obtenido mediante oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información. Quizás por la problemática de la puesta en práctica de estos supuestos, la LOPDGDD optó por dividir su ejercicio, en el contexto de la supresión de información en general, en el contexto de los motores de búsqueda y en el contexto de las redes sociales y otros servicios digitales equivalentes cuando los datos personales se consideren inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los criterios ya explicados en capítulos anteriores.

Obviamente, conviene al menos apuntar que el ejercicio del derecho al olvido, en gran parte de las ocasiones, estará supeditado a la prosperabilidad de un derecho de acceso a la información en poder del responsable del tratamiento y el tipo de tratamiento que se está llevando a cabo con ella. Efectivamente, para poder decidir sobre el destino y uso de nuestros datos personales, debemos de conocer exactamente su estado actual: así, el derecho a ser informado sobre la información personal que nos concierne es

⁹²⁵ PAZOS CASTRO, R.: “El mal llamado ‘derecho al olvido’...*op.cit.*”, p. 6.

⁹²⁶ *Vid.* Art. 4.1. RGPD.

⁹²⁷ *Vid.* art. 17 RGPD y arts. 15, 93, y 84 LOPDGDD, respectivamente.

necesariamente el paso previo para ejercer, de manera efectiva, un derecho al olvido⁹²⁸. Martínez Martínez efectúa un análisis detallado de cómo se aplicaría en la práctica el derecho al olvido a cuyo procedimiento, subdividido en cuatro etapas, me remito: (a) verificar si efectivamente el afectado invoca un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal; (b) establecer si la justificación invocada constituye una base adecuada para el ejercicio del derecho de acceso; (c) verificar si existe una obligación legal respecto de la publicación de este dato; y (d) establecer en aquellos casos en los que no existe un deber legal de publicación un procedimiento de ponderación de los intereses en presencia⁹²⁹.

4.1. Los titulares: la persona física como sujeto del derecho al olvido

Antes de iniciar el análisis del ejercicio y la titularidad de este derecho, conviene efectuar una escueta reflexión, asimismo en mi condición de traductora jurídica, pues resulta de gran interés para esta aproximación a los titulares del derecho al olvido la elección nominativa de este concepto en la normativa aplicable. Mientras que en la versión inglesa del RGPD se habla de “sujeto” o titular de los datos (*data subject*) y en la versión francesa se habla de la persona “en cuestión” o “afectada” (*personne concernée*), en la traducción al español se consolidó “el interesado”. Si bien dicha opción podría justificarse por motivos de coherencia lingüística con la tradición normativa española en esta materia, que desde sus orígenes se había decantado por ‘el interesado’, esta no resulta del todo correcta, pues encontramos también alusiones al ‘interesado’ y ‘afectado’ como sinónimos e intercambiables (así fue el caso de la LORTAD⁹³⁰), que además intentó delimitar, en su definición, a este como la persona física titular de los datos (así se aprecia, por ejemplo, en la LOPD⁹³¹). Podría también justificarse en un intento, dentro del margen de discrecionalidad de la técnica legislativa, de plasmar la faceta positiva del derecho a

⁹²⁸ Para más información sobre el derecho de acceso y su vinculación al control efectivo de los datos personales *vid.*, entre otros VILLAVARDE MENENDEZ, I.: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41 (mayo-agosto) 1994, pp. 187-224; PIÑAR MAÑAS, J.L.: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 19-20, (Ejemplar dedicado a: Protección de datos), 2003, pp. 45-90; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “El derecho fundamental a la protección...*op. cit.*”, pp. 47-61.

⁹²⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Aplicar el derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36 (septiembre-diciembre), 2014, pp. 121-142.

⁹³⁰ *Vid.* art. 3 (e) en conjunción con el art. 7 LORTAD

⁹³¹ *Vid.* art. 3 (e) LOPD.

la protección de datos y no su faceta negativa, como instrumento reactivo frente a injerencias o afectaciones negativas a los derechos fundamentales. Sin embargo, esta defensa resulta difícilmente sostenible, a la vista de que la actual norma en esta materia no incluye un apartado de definiciones, a diferencia de ocasiones anteriores y parece volver a utilizar este término como sinónimo de ‘afectado’⁹³². En ausencia de definición en la norma que ha pretendido adaptar la normativa europea al ordenamiento jurídico español, entendemos que debemos de remitirnos al RGPD, que, como ya se ha expuesto, hace referencia únicamente al ‘interesado’.

No deja de ser un término que, a día de hoy, permite una interpretación mucho más amplia, y, así, dejamos como reflexión la facilidad de cuantificar quién es el titular o propietario de una información personal frente a quién puede estar interesado en ella. A pesar de todo lo anterior, en el presente trabajo se ha adoptado un enfoque ‘a la española’, y en similar línea, se ha optado por utilizar todos los términos como equivalentes.

Así, siguiendo una interpretación teleológica (que no literal) de la norma, entendemos que, como regla general, el titular de los datos y el interesado son la misma persona: aquella que se la reconoce directa o indirectamente por un dato personal identificativo y que goza de una serie de facultades para remediar potenciales irregularidades o agravios con o por su tratamiento. Por ende, son titulares del derecho al olvido todas las personas naturales o físicas, dado que este se ha reconocido bajo el paraguas de los derechos vinculados a la personalidad y a la libertad. No obstante, llegados a este punto, conviene matizar qué persona física concreta ostenta la titularidad y, como cuestión separada, quién puede ejercer dicho derecho. En efecto, cualquier persona física mayor de edad puede ejercer el derecho al olvido en el momento que se cumpla una de las condiciones establecidas en el art. 17 RGPD, como remisión del art. 15 LOPDGDD.

No obstante, existen particularidades propias en el caso de los menores y los fallecidos. Conforme dispone el preámbulo de la LOPDGDD, los menores merecen una protección específica de sus datos personales, soliendo ser, naturalmente, menos conscientes de los riesgos del tratamiento de sus datos personales, y generalmente, menos conocedores de los instrumentos de garantía a su alcance. Por ello, la LOPDGDD establece que se considerarán menores de edad, en materia de tratamiento de datos de carácter personal,

⁹³² En la LOPDGDD encontramos 30 referencias al ‘interesado’ y 113 referencias al ‘afectado’ a lo largo de su articulado.

aquellas personas físicas menores de 14 años⁹³³. En esta línea, y recordando que el derecho al olvido forma parte de un elenco de derechos personalísimos que sólo pueden ejercerse por los titulares de los datos de carácter personal o por un tercero que los represente debidamente, es fácil entender que la norma española haya determinado que los titulares de la patria potestad son los que podrán ejercitar, en nombre y representación de los menores de catorce años, el derecho al olvido, entendido como derecho de supresión de información personal⁹³⁴. De esta forma, y rompiendo ligeramente con la lógica de minoría de edad de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*⁹³⁵, debemos diferenciar entre menores, con una edad inferior a los 14 años, y menores con una edad superior a los 14 años: en el caso de los segundos, son estos quienes se encuentran capacitados para ejercer su derecho al olvido, con autorización para que puedan ejercerlos sus padres o tutores, y en el caso de los primeros, su ejercicio siempre se realizará por quien ostenta la patria potestad o tutela. Extrapolando las conclusiones de Rebollo y Serrano con respecto a los tradicionales derechos ARCO, podríamos entender que, en los supuestos en los que no se precise el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela, el derecho al olvido podrá ejercitarse por el menor de entre 14 a 18 años⁹³⁶.

⁹³³Siendo su consentimiento válido sólo a partir de esa edad. *Vid.* art. 7.1 LOPDGDD. De tal modo, el tratamiento de los datos consentidos por menores de catorce años únicamente será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela. *Vid.* ar. 7.2. LOPDGDD.

⁹³⁴ *Vid.* art. 12.6 LOPDGDD.

⁹³⁵ “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los **menores de dieciocho años** que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad [...] Los menores **tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones [...] Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales [...] **Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública**” (énfasis nuestro).

⁹³⁶ REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M.M.: *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 126 y 303. Ellos, en efecto, consideran que si requiere el consentimiento de los padres o tutores para el tratamiento de los datos, ello automáticamente implica que sean estos sujetos quienes ejerciten los derechos ARCO, instaurando esta regla objetiva de la edad aplicada tanto para su consentimiento como para su ejercicio. Además, siguiendo la lógica de Álvarez y Cazorro, junto a la representación legal mediante padres o tutores, en el caso de que el menor de edad ostente capacidad legal plena en materia de protección de datos (mayor de 14 años), podrá nombrar, mediante poder específico, a un representante voluntario para ejercer sus derechos ARCO. *Vid.* ALVAREZ HERNANDO, J. Y CAZURRO BARAHONA, V.: *Practicum Protección de datos*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2015, p. 203.

Por último, en el caso de las personas fallecidas, la normativa española establece una novedosa regulación que permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, sus herederos, o cualquier persona o institución al que el fallecido hubiera designado expresamente para ello, estarán facultadas para ejercer el derecho al olvido en nombre de aquella⁹³⁷. Como no podía ser de otra manera, en el caso del fallecimiento de un menor, la norma especifica que, además de sus representantes legales, también estará facultado, como figura institucional para la protección reforzada para los colectivos más vulnerables, el Ministerio Fiscal que podría solicitar la supresión de los datos personales⁹³⁸.

4.2. Los obligados: el responsable del tratamiento como persona física o jurídica asignada a dar efectividad al derecho al olvido

Según el RGPD, como regla general, son los responsables del tratamiento los obligados por cualquier tratamiento de protección de datos y de asegurar el efectivo ejercicio del derecho al olvido, siendo este el sujeto destinatario de la solicitud de supresión y el que tendrá que suprimir, sin dilación indebida, los datos personales concernientes, o, en caso de difusión, el que ha de adoptar las medidas necesarias para informar a terceros responsables de dicha supresión⁹³⁹; de esta forma, se convierte en “*garante de aquellas publicaciones de los datos personales que trate y que haya autorizado a un tercero*”⁹⁴⁰. Sobre este aspecto, por tanto, cabe recordar que el responsable del tratamiento puede ser cualquier persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento⁹⁴¹. De tal modo, tenemos un elenco infinito de posibilidades en la determinación del obligado a hacer efectivo un derecho al olvido: desde el delegado de protección de datos de cualquier sociedad mercantil, centro educativo, organización sin ánimo de lucro, hasta cualquier organismo público nacional, autonómico o local.

⁹³⁷ Vid. art. 3.1 y 3.2 LOPDGDD.

⁹³⁸ Vid. art. 3.3 LOPDGDD.

⁹³⁹ Vid. arts 17.1 y 17.2 RGPD.

⁹⁴⁰ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo...*op.cit.*”, p. 358.

⁹⁴¹ Vid. art. 4.7 RGPD para una definición completa.

Antaño hubo dudas y un primer acercamiento jurisprudencial acerca de la “controvertida”⁹⁴² consideración de los motores de búsqueda como únicos⁹⁴³ responsables del tratamiento. Tras el asunto *Google Spain*⁹⁴⁴ y las reformas normativas a nivel europeo y español, sin embargo, no cabe duda de que el motor de búsqueda está igualmente obligado, como actor digital que trata información de carácter personal (pues halla información publicada o puesta a disposición en la Red, la indexa automáticamente, la almacena temporalmente, y la pone de vuelta a disposición mediante una búsqueda genérica y determinando los fines y medios para ello⁹⁴⁵). Así las cosas, se ha creado un marco regulatorio particular en el contexto del ejercicio del derecho al olvido con respecto a los motores de búsqueda (art. 93 LOPDGDD), y así también lo hemos propuesto en este trabajo.

5. Límites

El derecho al olvido, al igual que el derecho a la protección de datos, no se perfila ni como un derecho automático ni como un derecho absoluto puesto que, como estableció poco después de su creación, nuestro TC, no existen derechos “ilimitados”⁹⁴⁶. Todo derecho tiene sus límites, sean estos explícitos y estén constitucionalmente configurados, con el objetivo de proteger un interés general, sean estos implícitos, teniendo el legislador la competencia para desarrollarlos o delimitarlos en función del supracitado

⁹⁴² Vid. STS 773/2009, de 9 de diciembre de 2009 (FJ 4) en conjunción con MURGA FERNÁNDEZ, J.P.: La protección de datos y los motores de búsqueda...*op. cit.*, p. 189.

⁹⁴³ De tal modo que parte de la doctrina académica ha hecho hincapié en la necesidad de distribuir la responsabilidad entre los sujetos implicados en el tratamiento, incluidos los editores o fuentes originales de la información, como los buscadores: “*Porque ¿quién mejor que el editor puede controlar la información que va a publicar? Los editores están en mejores condiciones para garantizar el cumplimiento del principio de calidad de los datos, de modo que la información que no cumpla con dicho principio (por ejemplo, porque se ha conservado más allá del tiempo necesario para el tratamiento) sea cancelada*”. Vid. VILASAU SOLANA, M.: “El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 18, 2014. En sentido parecido se han manifestado también MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “¿Quién debería olvidarnos en Internet?”. *Actualidad jurídica Aranzadi* núm. 857, 2013, p. 11; y COTINO HUESO, L.: *Audio sobre el olvido de la libertad de recibir información en la sentencia TJUE que reconoce el derecho al olvido*, 2014. Disponible en: <http://www.cotino.net/2014/05/el-olvido-de-la-libertad-de-recibir-informacion-en-la-sentencia-que-reconoce-el-derecho-al-olvido/>

⁹⁴⁴ Para un análisis detallado sobre esta cuestión, vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 17, 2014, pp. 5-10; y, sobre todo, MURGA FERNÁNDEZ, J.P.: La protección de datos y los motores de búsqueda...*op. cit.*, pp. 193-203.

⁹⁴⁵ Apartado 40 STJUE de 13 de mayo de 2014.

⁹⁴⁶ Vid. STC 2/1982, de 29 de enero (FJ 5).

reconocimiento constitucional, o sean estos derivados, establecidos sobre la base de la resolución de conflictos jurídicos, a través de exámenes exegéticos y de ponderación⁹⁴⁷.

El RGPD y a la LOPDGDD (que se remite expresamente al primero) indican una serie de supuestos en los que primaría la retención, conservación, y por ende, la no supresión de datos de carácter personal que examinamos, con detenimiento, en el capítulo anterior. Si recordamos lo analizado, además de las excepciones propias de la normativa de protección de datos (a saber, cuando el tratamiento sea necesario para el ejercicio de la libertad de expresión, para el cumplimiento de una obligación legal de conservar, por motivos de interés o salud pública, para fines de archivo -incluidos los registros mercantiles- de investigación histórica, estadística y científica, y para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones a efectos probatorios), encontramos nuevos límites y reglas de ponderación impuestos por la normativa consagrada y *praxis* jurisprudencial en España. Repárese en que esas excepciones o límites recuerdan el triple test utilizado por el TEDH para ponderar las restricciones que se recogen en algunas disposiciones del CEDH (entre ellas, sendos apartados segundos de los arts. 8 y 10, que reconocen respectivamente el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la libertad de expresión), a saber, que estén previstas legalmente, persigan un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática en clave de proporcionalidad.

Por añadidura, en el caso del derecho al olvido de las personas fallecidas, se establece un nuevo límite aunque en dos situaciones ligeramente diferentes. Por un lado, aquellas personas a las que se les ha prohibido expresamente, mediante testamento digital, el acceso y supresión de datos de carácter personal del individuo fallecido, podrán, en cualquier caso, como heredero o persona interesada, “*acceder a los datos de carácter patrimonial del causante*”⁹⁴⁸. Por otro lado, tenemos a las personas expresamente mencionadas en el testamento digital como no aptas para acceder ni suprimir los contenidos digitales del individuo fallecido: “*no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto*”⁹⁴⁹. En el caso de que el derecho al olvido derive del ejercicio de un derecho de oposición (generalmente motivado sobre la base de un tratamiento ilícito), se permite a los responsables del tratamiento conservar ciertos datos identificativos del interesado con el fin de impedir

⁹⁴⁷ Para una perspectiva general del tema de los límites de los derechos fundamentales, *vid.* AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos...*op.cit.*”, pp. 9-34.

⁹⁴⁸ *Vid.* art 3.1 *in fine* LOPDGDD.

⁹⁴⁹ *Vid.* art. 96.1 (a) *in fine* LOPDGDD.

tratamientos futuros en el ámbito de la mercadotecnia directa⁹⁵⁰. Por último, se han exceptuado del ejercicio del derecho al olvido en el contexto de los servicios digitales, aquellos datos facilitados como resultado de actividades personales o domésticas⁹⁵¹ (también llamada la “excepción doméstica”) entendidas como aquellas que no guardan conexión alguna con la actividad profesional o comercial.

Además, en caso de existencia de un interés de borrado por parte del titular y un interés legítimo del responsable de tratamiento de mantener la información personal, el equilibrio jurídico entre ambos dependerá directamente de elementos configuradores tales como la naturaleza particular de la información tratada, su carácter sensible, el interés del público en disponer de dicha información y/o del papel que la persona desempeñe en la vida pública⁹⁵². En este último punto se ha centrado Rallo, al calificar como principal límite del derecho al olvido los “datos de personajes públicos”, impidiendo el ejercicio efectivo de dicho derecho cuando, por un interés preponderante del público, se considere necesario tener acceso a la información de que se trate, dado el papel desempeñado por el interesado en la vida pública⁹⁵³. De este modo, el derecho al olvido no operará cuando el acceso a la información sea relevante por intereses públicos y el interesado ostente un cargo público, aunque esta cuestión no está exenta de matizaciones. Por un lado, entendemos que ello no incluiría información inmersa en la esfera más íntima de la persona o aquella completamente ajena a su proyección pública, y por otro, algunos proponen una caducidad del interés público en ciertos casos, para que ello no implique una “indefinición temporal” o un gravamen reputacional eterno⁹⁵⁴. Aunque, adelantamos, el TS no ha sido particularmente comprensivo a este respecto, inadmitiendo el derecho al olvido, por ejemplo, de un asesor fiscal que figuraba en la lista Falciani (por su comparecencia en la Comisión de Investigación sobre Fraude Fiscal del Parlamento de Cataluña)⁹⁵⁵, lo que tuvo gran impacto mediático y recibió, en su día, la atención de la opinión pública y de

⁹⁵⁰ Vid. art. 15.2 LOPD.

⁹⁵¹ Vid. art. 94.2 *in fine*.

⁹⁵² HEREDERO CAMPO, M.T.: “La evolución tecnológica y derecho al olvido...*op.cit.*, pp. 85-86.

⁹⁵³ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 281-283. Así lo ha confirmado la STC núm. 192/1999, de 25 de octubre.

⁹⁵⁴ BURGUERA AMEAVE, L.: “Reputación digital y derecho al olvido del político en el ciberespacio” en COTARELO GARCÍA, R. (Coord.) *Ciberpolítica: Gobierno abierto, redes, deliberación, democracia* 2016, INAP, Madrid, pp. 115-128.

⁹⁵⁵ ATS núm. 3168/2018 de 4 de abril de 2018 (FJ 3 *in fine*). La desestimación del recurso de casación contra la sentencia que le denegó la retirada de enlaces indexados de Google con su información personal relacionada con una condena que se le impuso por un delito contra la Hacienda Pública (por hechos punibles cometidos en 1991) y el indulto que le concedió el Gobierno en el año 2009.

los diferentes medios de comunicación. Le consideró, pues, un personaje público y la información relativa a estos hechos de trascendencia general e interés público.

Con todo ello, observamos que el derecho al olvido ha reforzado el control de las personas sobre su propia información personal, minimizando los daños asociados a tener universal e instantáneamente visible información inexacta, obsoleta o que ha devenido irrelevante con el paso del tiempo; pero también existen argumentos válidos para frenar su expansión frenética, entre los que queremos destacar, nuevamente, la libertad de expresión y el derecho a la información. Son numerosos los estudios enfocados en aspectos concretos y prácticos de la efectividad y concreción del derecho fundamental a la protección de datos y las libertades informativas⁹⁵⁶, así como la problemática concreta de establecer criterios orientativos en caso de conflicto entre el derecho al olvido y la libertad de expresión⁹⁵⁷.

Se deben conciliar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y, en muchas ocasiones, mutuamente exclusivos: por un lado el derecho a la autodeterminación informativa, y por otro, las libertades informativas que se conciben como “*bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes*”⁹⁵⁸ y fundamentadoras de un orden social y democrático. Así, como se ha venido exponiendo a lo largo de este trabajo, en la búsqueda de la conciliación entre derechos igualmente fundamentales, se requiere de un examen de proporcionalidad y ponderación para la salvaguarda de uno de ellos, a costa del otro, siempre y cuando “*el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido*”⁹⁵⁹. Todo lo cual dependerá de

⁹⁵⁶ Cotino Hueso ha centrado sus esfuerzos investigadores precisamente sobre estas cuestiones. Vid. COTINO HUESO, L.: “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)” en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomsom-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 289-315; y “La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución”, en COTINO HUESO, L. (Ed.): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV, Valencia, 2011, pp. 386-401.

⁹⁵⁷ ZÁRATE ROJAS, S.: “La problemática...*op. cit.*”, pp. 1-10. Vale la pena señalar también la doctrina elaborada por JORDÀ CAPITÁN, E.: “Un nuevo derecho: el derecho al olvido. Y un viejo conflicto: la colisión de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas con las libertades de información y de expresión”, en JORDÀ CAPITÁN, E. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dir.) *La protección y seguridad de la persona en Internet: aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Barcelona, 2014, pp. 159-201.

⁹⁵⁸ Vid. STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 11).

⁹⁵⁹ *Id.*

una serie de condiciones, entre las que destacamos el interés público de la información personal tratada⁹⁶⁰.

Cosa similar ocurre con el derecho a la información. El derecho al olvido es un derecho que encuentra su límite en la libertad de información, no pudiendo suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día, ni pudiendo permitir construir un pasado a medida manipulando las informaciones accesibles en la Red. Aun así, siguen siendo muchos los interrogantes con respecto a la declaración de que no toda manifestación de opinión o relato de hechos en la Red tiene una finalidad periodística, aunque esta se conciba en su sentido más amplio⁹⁶¹. Y precisamente sobre la finalidad periodística, se añade la dificultad de precisar qué informaciones, a pesar de ser de carácter personal, no gozan de la protección vertida sobre la libertad de expresión:

“No resulta comprensible que una publicación periodística pueda cancelarse sin vulnerar la libertad de prensa, ya que de lo contrario nos encontraríamos frente a una situación de reescribir la historia sobre la cual trata la información. Pero en lo noticioso hay dos cuestiones en juego. De una parte está establecer qué es lo noticioso, cuya respuesta inmediata la encontramos en el criterio amplio de Satamedia referido a la divulgación de ideas, información y opinión. En segundo lugar, queda hacerse cargo del segundo elemento propio de la cancelación: determinar si la información ha dejado de cumplir con su finalidad”⁹⁶².

En búsqueda de criterios conciliadores, se ha pronunciado, en numerosas ocasiones el TEDH. Smet, por ejemplo, en el caso de la libertad de expresión y el derecho al honor y a la reputación, resume estos criterios en seis, aunque añade un aviso legal sobre la imposibilidad de ofrecer soluciones absolutas a problemas abstractos⁹⁶³. En tal sentido, enumeramos sucintamente sus criterios a continuación y nos remitimos a su obra para mayor comprensión y un análisis detallado de los mismos: (1) el impacto o seriedad de la vulneración del derecho, (2) el contenido esencial frente al periférico del otro derecho, (3) la implicación de derechos adicionales, (4) la estrecha implicación de un interés general, (5) la satisfacción del objetivo que se pretende alcanzar, (6) y el ejercicio

⁹⁶⁰ Vid., por todos: STC 139/2007, de 4 de junio (FFJJ 7 y 8) y SAN 1542/2006, de 16 marzo (FFJJ 5 y 6).

⁹⁶¹ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo...*op.cit.*, p. 367.

⁹⁶² ZÁRATE ROJAS, S.: “La problemática...*op. cit.*, p. 6.

⁹⁶³ SMET, S.: “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law*, Vol. 26, núm. 1, 2010, p. 191.

responsable del derecho⁹⁶⁴. Así, acogiéndonos a estos criterios, podemos intentar conciliar el derecho al olvido y la libertad de expresión o el derecho a la información a través de un análisis caso por caso. Quizás sería más evidente fallar a favor del derecho al olvido conforme a los tres primeros criterios, pues el impacto psico-social para el interesado es mucho mayor que para el responsable del tratamiento. Una vez más, se ha de tener en cuenta la relación desequilibrada de poder entre ambos y la existencia de un cierto nivel de gravedad y perjuicio para el disfrute de derechos fundamentales ligados al derecho al olvido -derecho a la intimidad, a la reputación, a la vida privada, etc.,- que menoscaban la integridad personal, mientras que una preferencia hacia la libertad de expresión o el derecho a la información tal vez estaría más legitimada sobre la base de los tres últimos. Esto es así, si consideramos la Red, formada por todos, como un organismo de control público, siendo su contribución esencial para el buen funcionamiento de una democracia, requiriendo la libertad de expresión de una prensa libre y un debate abierto para su ejercicio efectivo, y teniendo en cuenta que es un objetivo principal el evitar un efecto paralizante del discurso público. El problema, no obstante, creemos que está en lo que al derecho al olvido se refiere, en delimitar cuándo la información con interés para el público deja de serlo.

Respecto a esta cuestión, también encontramos relevante el examen de ponderación efectuado en la propia casuística nacional del supracitado derecho, sobre todo la interpretación formalizada por la AEPD, la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, y, recientemente, el Tribunal Constitucional, que estudiaremos en los apartados siguientes.

6. Garantías jurídicas

La propia esencia del estudio de los derechos fundamentales radica en la idea de que tanto el reconocimiento como la vigencia de los demás dependen, inexorablemente, de garantizar su ejercicio efectivo. Sin pretender entrar en un análisis exhaustivo de la teoría general de los derechos y sus garantías, cabe destacar que los ordenamientos jurídicos son, precisamente para dar eficacia a los derechos fundamentales, una parte importante para asegurar su existencia plena; en otras palabras, *“la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de*

⁹⁶⁴ *Id.*, pp. 189-192 y 202-232.

*mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real*⁹⁶⁵. De tal forma, y como sintetiza Rebollo Delgado, las garantías acaban siendo “*los mecanismos de seguridad que el sistema establece*”, y, en definitiva, “*una forma de corregir las deficiencias de una pretensión constitucionalmente establecida*”. Razón asiste al gran maestro constitucionalista Torres del Moral cuando advertía que los derechos valen tanto como sus garantías⁹⁶⁶, y así lo ha secundado y respaldado Jimena Quesada en numerosas ocasiones⁹⁶⁷.

Cuando hablamos de garantías del derecho al olvido, partimos de la base de que se configura como la faceta de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, el derecho fundamental a la protección de datos, además de encontrar su fundamento jurídico y el bien jurídico que pretende proteger en la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad y la identidad. De tal forma que, ante una lesión del mismo, su titular ciertamente tendrá una serie de garantías que el ordenamiento jurídico le proporciona para remediar menoscabos a su persona, entre las que incluimos tanto instrumentos de índole procesal como la protección reforzada a través de órganos e instituciones del Estado o de organizaciones supranacionales. A continuación, y a los solos efectos del objeto de estudio de este trabajo, centraremos el análisis en aquellas garantías que tienen una relación más directa con la protección del derecho al olvido digital, con especial énfasis en la protección que confiere la AEPD, como autoridad independiente de control en materia de protección de datos, así como aquella asentada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, como órganos judiciales supremos del ordenamiento a través de los instrumentos jurídico-procesales habilitados para ello. Así veremos que a la hora de acometer el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución socio-digital, el sistema no sólo pretende reconocer sino asegurar, a través de los instrumentos y mecanismos de los que dispone, “*la*

⁹⁶⁵ GARCÍA MORILLO, J.: “Las garantías de los derechos fundamentales (I)” en *Derecho constitucional. Vol. 1, El ordenamiento constitucional derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 403-422.

⁹⁶⁶ TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 461.

⁹⁶⁷ De las que destacamos JIMENA QUESADA, L.: “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social: discurso contra la argumentación jurídica inequitativa”, *Extractos del discurso de investidura como “Doctor Honoris Causa” por la Universidad Nacional de la Plata y Conferencia Inaugural de la Maestría del Instituto de Derechos Humanos*, celebrada el 17 de marzo de 2017, p. 1. Disponible en: <https://www.slideshare.net/cuartomundo/el-derecho-a-la-proteccion-contra-la-pobreza-luis-jimena>; y JIMENA QUESADA, L.: “La situación actual de los derechos sociales en Europa”, *Jornada sobre el Estado social y la vida digna Organizada por el Ararteko*, celebrada el 3 de octubre de 2014, p. 22. Disponible en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3505_3.pdf

posibilidad de que el individuo pueda controlar cuando ser olvidado y desarrollar su vida desde una hoja en blanco”⁹⁶⁸.

6.1. Garantías nacionales

6.1.1. Garantías institucionales: la labor pretoriana de la AEPD y el potencial del Defensor del Pueblo

El Título VII de la LOPDGDD configura la **AEPD** como una autoridad de protección de datos de ámbito estatal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, actuando con plena independencia en el ejercicio de sus funciones⁹⁶⁹. La institucionalización de órganos independientes que supervisen el control del tratamiento de datos de carácter personal ha devenido no sólo una necesidad del sistema jurídico, sino también una garantía sumamente funcional y efectiva. De manera resumida, la AEPD se encarga de supervisar la aplicación de la LOPDGDD y del RGPD, así como el desempeño de las funciones y potestades que le atribuyan otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea en materia de protección de datos y derechos análogos en la era digital⁹⁷⁰. Ello conlleva la asignación de funciones de diversa índole: informativa, consultiva, de *soft law*, de investigación, de acción exterior, represiva, etc⁹⁷¹.

Así, como el garante administrativo más importante del derecho fundamental a la protección de datos y demás derechos y garantías análogas en el contexto de la recopilación, uso y difusión de datos de carácter personal, la AEPD ha tenido un papel determinante en la consagración del derecho al olvido⁹⁷², no sólo en España sino a nivel europeo. Como nos lo resume Di Pizzo: “*las reiteradas solicitudes de tutela de derechos de las que la AEPD ha tenido conocimiento en los últimos años [...] pretendían la tutela de las facultades de cancelación y oposición frente a tratamientos de datos personales en Internet [...] como manifestaciones prototípicas que constituyen del derecho al olvido digital*”⁹⁷³. La primera semilla de una referencia al derecho al olvido impulsada por la

⁹⁶⁸ ARENAS RAMIRO, M.: “Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo...*op.cit.*, p. 375.

⁹⁶⁹ *Vid.* art. 44 LOPDGDD.

⁹⁷⁰ *Vid.* art. 47 LOPDGDD.

⁹⁷¹ *Vid.* Arts. 50-56 y 70-78 LOPDGDD.

⁹⁷² Para una aproximación a su actividad regulatoria, *vid.* ORZA LINARES, R.M.: “El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal”, *Libertad de expresión e información en la Red. Amenazas y protección de los derechos personales*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 478 y ss.

⁹⁷³ DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.* p. 97.

AEPD la encontramos en su *Declaración sobre buscadores de Internet* (2007)⁹⁷⁴, de la que destacamos su énfasis en la demanda social de “*garantías frente a los nuevos riesgos que aventuran servicios de Internet como los motores de búsqueda*”⁹⁷⁵ y una serie de propuestas pro-derecho al olvido tendentes a limitar el uso y conservación de los datos de carácter personal, a bloquear aquellas que han devenido innecesarias o han cumplido la finalidad para la que fueron recabadas, a anonimizar, desindexar y desvincular información personal originalmente tratada de manera lícita puesto que “*el mantenimiento universal en Internet puede resultar desproporcionado*”⁹⁷⁶.

No es fortuito que ese mismo año la AEPD conociera los primeros casos que labraban un derecho al olvido, todos ellos relativos a procedimientos de tutela de derechos sobre cancelación u oposición de datos personales dirigidos contra *Google Spain, S.L.* como responsable del tratamiento, dado que las informaciones, de carácter personal, obtenidas a través de sus páginas de resultados de búsqueda daban acceso universal descontextualizado de dicha información, y, en consecuencia, se solicitaba la eliminación de esos contenidos. Por supuesto, en esta época se hablaba de eliminación o bloqueo a través del ejercicio de los derechos de oposición y cancelación según el caso. El primer caso oficial que dio luz verde a un derecho al olvido, al menos así lo califica Rallo cuando habla de la “*problemática propiamente española de la indexación de los boletines oficiales*”⁹⁷⁷, fue el caso que él titula “*BOP Valladolid I: X contra Google Spain*”. Antes de dar comienzo, queremos destacar otro caso, el relativo al procedimiento TD/299/2007 (resolución de 9 de julio de 2007⁹⁷⁸) desestimatorio, para efectivamente, luego dar mayor cabida y examen al procedimiento estimatorio TD/463/2007 (resolución de 20 de noviembre de 2007⁹⁷⁹).

El primero versaba sobre el ejercicio de un derecho de cancelación de datos de carácter personal, contenidos en una noticia de *El País*, en su versión digitalizada, denegada por este periódico, como responsable del tratamiento, basándose, por un lado, en el argumento de que el periódico no efectuaba un tratamiento de un fichero, que el motor de búsqueda *Google Spain* se limita a facilitar información ya existente y proveniente de otras fuentes,

⁹⁷⁴ AEPD, *Declaración sobre buscadores de Internet, de 1 de diciembre 2007*. Disponible en: <https://www.facua.org/es/documentos/declaracionsobrebuscadoresdeinternet.pdf>

⁹⁷⁵ *Id.*, p.1

⁹⁷⁶ *Id.*, p. 13.

⁹⁷⁷ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, p. 70.

⁹⁷⁸ RAEPD núm. 692/2007.

⁹⁷⁹ RAEPD núm. 1046/2007.

y, por otro, en un derecho a la información veraz; ambos prosperaron. Vemos un ligero cambio en la línea de pensamiento de la AEPD meses después, pues, con situaciones análogas, vencieron los argumentos del interesado⁹⁸⁰. El segundo caso, gozaba de muchas similitudes con el archiconocido caso de Mario Costeja v. Google Spain. Este versaba sobre el ejercicio de un derecho de oposición, instando a *Google Spain* a adoptar las medidas necesarias para eliminar datos personales, relativos a la resolución en un boletín oficial autonómico, de la notificación de una resolución sancionadora en el marco de un procedimiento administrativo por infracción de una ordenanza municipal de convivencia ciudadana (concretamente por hacer sus necesidades fisiológicas en plena calle), del índice de resultados tras una búsqueda con base en el nombre y de imposibilitar su acceso futuro, para revertir el daño sufrido a su dignidad por la hiperaccesibilidad de dicha información; en este caso, las pretensiones del recurrente prosperaron. En efecto, al igual que el caso estrella europeo, la inserción de ciertas conductas no deseadas de la ciudadanía, en un boletín oficial, estaba amparado por la legislación vigente española en materia de publicidad de resoluciones administrativas, y, tras su digitalización, por ende, quedaban expuestas a los algoritmos indexatorios de los motores de búsqueda como Google. De tal forma que, con una simple búsqueda a través del nombre, Google le daba accesibilidad y difusión máxima, con el subsiguiente perjuicio para los derechos personalísimos del afectado, incluido el derecho fundamental a la protección de datos. Dadas las limitaciones de este trabajo, remitimos a la contribución de Rallo sobre el papel de la AEPD en garantizar el derecho a la protección de datos, en general, y el derecho al olvido, en particular, a través de garantías como los derechos de cancelación y oposición en diversos contextos: foros, blogs, plataformas audiovisuales, boletines oficiales, hemerotecas, periódicos, y sus respectivas indexaciones por motores de búsqueda⁹⁸¹.

Desde luego, la labor pretoriana y vanguardista de la AEPD en el reconocimiento y tutela del derecho a ser olvidado culmina, irónicamente, en el “caso que jamás será olvidado”⁹⁸². Así, recordemos que previo el procedimiento prejudicial ante el TJUE por

⁹⁸⁰ Una exposición brillante sobre la evolución de los criterios de la AEPD en esta materia la podemos encontrar igualmente en ORZA LINARES, R.M.: “El derecho al olvido en Internet: algunos intentos...*op.cit.*”, pp 478-487.

⁹⁸¹ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 55-129.

⁹⁸² Como así lo han calificado algunos comentaristas, periodísticas y académicos europeos. *Vid.*, por ejemplo, BALL, J.: “Costeja González and a memorable fight for the ‘right to be forgotten’”, *The Guardian*, 14-05-2014. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/blog/2014/may/14/mario-costeja-gonzalez-fight-right-forgotten>; y POWLES, J.: “The Case That Won’t Be Forgotten”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 47, 2015, p. 583.

parte de la AN, la AEPD había dictado su resolución parcialmente estimatoria, relativa al procedimiento TD/650/2010 (resolución de 30 de julio de 2010⁹⁸³). En este caso concreto, se solicitó la oposición contra *Google Spain, Inc.*, así como contra el periódico *La Vanguardia* por indexación y puesta a disposición automática tras una búsqueda simple con el nombre de la publicación, legalmente prevista, del anuncio de la subasta de su inmueble con el fin de saldar deudas derivadas a la Seguridad Social. Precisamente por ello, la AEPD inadmitió la reclamación contra el periódico (por cuanto la publicación de datos, incluidos los personales, en el contexto de publicidad de subastas tenía amparo legal con la finalidad de optimizar su éxito), mientras que estimó el derecho de oposición contra el gigante Google, instándoles, tanto a matriz como a filial española, a imposibilitar el acceso futuro a información devenida obsoleta y que, como dijo el propio interesado en una entrevista, “*pueda ir contra el honor, la dignidad, la reputación o la injerencia en la vida privada de una persona, información que no tenga relevancia y que puede perjudicar familiar y profesionalmente a una persona*”⁹⁸⁴.

Aunque Rallo pone en duda su calificación de *leading case* para ejemplificar el derecho al olvido⁹⁸⁵, lo cierto es que, al margen de que otros servicios de la sociedad de la información estén obligados a garantizar un derecho al olvido, la desindexación por parte de los motores de búsqueda resulta ser uno de los cauces seguidos para ello, y, en este sentido, este caso pasará a la historia jurídico-constitucional española y europea como hito; y no debemos olvidar que la efectividad de los derechos implicados empezó en la AEPD. Este derecho fue inicial y tenazmente defendido por este órgano de protección y garantía independiente, y así lo resumía el coordinador de la Unidad de Apoyo y Relaciones Institucionales de esta agencia: “la AEPD fue pionera y fue la que consiguió este resultado ante el tribunal europeo”⁹⁸⁶. Su labor garantista continúa a día de hoy, por ejemplo, con resoluciones como la elaborada en el procedimiento TD/111/2019⁹⁸⁷ que estimó la reclamación de un derecho de supresión, e instó al motor de búsqueda a adoptar

⁹⁸³ RAEPD núm. 1680/2010.

⁹⁸⁴ LORENZO, A.: “Mario Costeja González: «Yo nunca he defendido el derecho al olvido en Internet» Pide la supresión de información que pueda perjudicar a una persona”, *La Voz de Galicia*, 15-05-2014. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2014/05/15/mario-costeja-gonzalez-nunca-defendido-derecho-olvido-internet/0003_201405G15P37991.htm

⁹⁸⁵ RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet...op.cit.*, pp. 242-243.

⁹⁸⁶ RTVE, “Derecho al olvido en internet. Cinco años de una sentencia pionera ‘para olvidar’”, *RTVE Noticias: Ciencia y tecnología*, 13-05-2019. Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20190513/cinco-anos-sentencia-pionera-para-olvidar/1936360.shtml>

⁹⁸⁷ RAEPD núm. 301/2019 sobre el ejercicio de un derecho al olvido con respecto a unos enlaces sobre noticias periodísticas acerca de supuestas conductas ilícitas sobre el interesado y la clínica que gestionaba (concretamente por la expedición de títulos universitarios de una universidad inexistente).

las medidas necesarias para evitar la re-vinculación del nombre a los enlaces controvertidos, bajo los criterios del paso del tiempo, la hiperaccesibilidad y difusión de los contenidos en línea y la protección de la dignidad y libre desarrollo de la persona para concluir que:

*“Por lo tanto las informaciones de que los medios periodísticos mantienen en su página web han transcurrido **más de diez años**, por lo que a día de hoy **carece de relevancia para formación de una opinión pública**. Mantener en la actualidad la difusión de la información puede **revestir descrédito en la vida personal** de la parte reclamante que se produce en los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales. Por ello, se debe proceder a la **desindexación** de los datos personales de las URLs controvertidas y que **no sean accesibles** a través de una **búsqueda** en internet que verse sobre el nombre de la parte reclamante a fin de evitar la difusión de la información que pueda resultar lesiva a los derechos invocados, **prevaleciendo el derecho autónomo a la protección de datos frente a la libertad de expresión e información por considerar que se trata de una información obsoleta**” (énfasis nuestro).*

Ello no sólo ocurre con respecto a indexaciones sobre noticias periodísticas, sino que también sucede con respecto a otro tipo de fuentes originales, como pueden ser boletines oficiales, el caso del procedimiento TD/103/2019⁹⁸⁸. De igual modo, la AEPD se ha pronunciado recientemente con idéntico argumentario sobre este supuesto:

*“Las informaciones tratan de **hechos pasados sin que pueda considerarse que tiene incidencia en el presente o que la información pasada adquiera relevancia con hechos actuales y que ya poco pueda contribuir al debate público**. Por lo tanto la información del Boletín Oficial del Estado, ha transcurrido **más de ocho años**, por lo que a día de hoy **carece de relevancia** para formación de una opinión pública. **Mantener en la actualidad la difusión de la información puede revestir descrédito en la vida personal** de la parte reclamante que se produce en los derechos al honor, **intimidad y protección de datos personales**. Por ello, se debe proceder a la **desindexación** de los datos personales [...]”.*

⁹⁸⁸ RAEPD 307/2019 sobre el ejercicio de un derecho de supresión del URL que muestra un enlace que incluye los datos personales del interesado publicados en el Boletín Oficial del Estado con información acerca de unas oposiciones.

Y todo lo anterior sin obviar sus demás recomendaciones y líneas de actuación para los colectivos más vulnerables, desde su protección especializada para víctimas de acoso cibernético⁹⁸⁹, víctimas de acoso sexual y laboral⁹⁹⁰ o víctimas de violencia de género⁹⁹¹.

Otro garante administrativo, aunque indudablemente menos notorio, del derecho fundamental a la protección de datos, en general, y del derecho al olvido, en particular, consideramos que es el **Defensor del Pueblo**. Así, esta figura, constitucionalmente reconocida como Alto Comisionado de las Cortes Generales, es la encargada de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas en el territorio nacional⁹⁹². Si bien es cierto que, generalmente, al Defensor del Pueblo se le conoce por ser el garante de aquellos derechos, principios y conductas de buena administración, su protección no abarca únicamente estos, sino cualquier derecho o principio constitucionalmente reconocido en el ejercicio de la actuación administrativa. De entrada, el Defensor del Pueblo está legitimado para iniciar y perseguir de oficio o a instancia de parte, *“cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo ciento tres, uno, de la Constitución, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero”*⁹⁹³. Esto significa que, cuando existe una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 10-30.2 CE, entre los que, indudablemente se incluyen, no sólo los fundamentos del derecho al olvido sino elementos de su propia configuración (respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10.1- o los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, y a la autodeterminación informativa o protección de sus datos –art. 18-), el Defensor del Pueblo podrá velar, a través de sus facultades y procedimientos⁹⁹⁴, por los derechos de los interesados cuando el responsable del tratamiento resultara ser un organismo público o autoridad administrativa.

⁹⁸⁹ A modo de ejemplo, *vid.* la reciente recomendación relativa al acoso cibernético: AEPD: *La protección de datos como garantía en las políticas de prevención del acoso: recomendaciones de la AEPD*, 2019. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/191107-recomendaciones-sobre-acoso-digital-aepd.pdf>

⁹⁹⁰ RAEPD 358/2019 de procedimiento sancionador contra la empresa por no actuar.

⁹⁹¹ RAEPD 146/2019 de procedimiento sancionador contra la expareja que instaló un sistema de video-vigilancia en los alrededores de su finca.

⁹⁹² *Vid.* art. 54 CE y art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (“LODP” en adelante).

⁹⁹³ *Vid.* Art. 9.1 LODP.

⁹⁹⁴ *Vid.* arts. 15-21 y 28-31 LODP.

De tal forma, resumimos las garantías ofrecidas por el Defensor del Pueblo, como resultado de su actuación, en las quejas y/o investigaciones que realiza, a instancia de parte o de oficio, respectivamente, y que culminan en lo que llama comúnmente como ‘resoluciones’. Estas se dividen generalmente en cinco: recomendaciones de modificar la interpretación o contenido de una norma; sugerencias de actuación concreta que afecta a un particular o comunidad; recordatorios o avisos amistosos sobre el cumplimiento de una exigencia legal; advertencias sobre la existencia de una situación fáctica mejorable; solicitudes de recurso de inconstitucionalidad o amparo ante el TC⁹⁹⁵. A modo de ejemplo, a continuación examinamos las resoluciones más recientes, tendentes a dotar de efectividad al derecho a la protección de datos y cuyas consideraciones podrían verse sugeridas en un futuro no muy lejano para garantizar un derecho al olvido, sea en el contexto del almacenamiento electrónico por parte de órganos administrativos, sea en el contexto del derecho al olvido por parte de los servicios de la sociedad de la información; desde luego así extrapolaremos su doctrina.

En primer y segundo lugar, queremos destacar una sugerencia y una recomendación relativas a la grabación y difusión de sesiones plenarias municipales. Como puede observarse en la resolución de fecha 29 de mayo de 2014⁹⁹⁶, por la que se emite una recomendación al Ayuntamiento de Grandas de Salime de la provincia de Asturias, estableciendo que, si bien es cierto que cabe tener presente la importancia de asegurar que la grabación de sus intervenciones no interfiera, dificulte o coarte su libertad, su derecho fundamental a la imagen o a la protección de datos, sería preferible que se permitiera, en aras a asegurar transparencia y el derecho a la información y participación en asuntos públicos de la ciudadanía, un uso razonable y condicionado “*respecto de las normas de protección de datos de carácter personal*” (es decir, siguiendo los principios de licitud, adecuación y calidad del tratamiento, entre otros). De similar manera vemos que, en su resolución de fecha 26 de enero de 2016⁹⁹⁷, admitió que el ejercicio del derecho a grabar y a difundir ese tipo de actos no es absoluto, puesto que existen límites impuestos tales como el respeto a las normas de protección de datos, y volvió a sugerir que sería

⁹⁹⁵ Así lo establece en su página web oficial. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/>

⁹⁹⁶ Relativa a la queja núm. 14002670 elevada como consecuencia de una denegación de grabar las sesiones de los plenos municipales por razón de que había posibilidad de que se incurriese en una vulneración de la normativa en materia de protección de datos o en una obstrucción o alteración del normal desenvolvimiento de dicha sesión.

⁹⁹⁷ Relativa a la queja núm. 15001349 elevada como consecuencia de una denegación similar por parte de la Entidad Local Autónoma de La Redondela en la provincia de Huelva.

conveniente permitir la grabación y difusión de las sesiones plenarias en los casos en los que se compruebe que se respetan las normas de protección de datos y los demás límites establecidos en la CE y demás leyes (entre las que nosotros destacaríamos aquellas relativas al honor, reputación, imagen e intimidad de las personas).

En este tipo de supuestos, observamos que, en el examen de conciliación entre intereses en conflicto, prima aquel relativo a los principios de buena administración, aunque siempre bajo la condición de que, en la medida de lo posible, se respeten las normas relativas a la protección del individuo, en lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales y demás derechos personalísimos. En tercer lugar, también queremos destacar la recomendación relativa a la protección efectiva de los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal. Así, en la resolución de 6 de julio de 2016⁹⁹⁸, dada la vulneración de la normativa en materia de protección de datos en el marco de citaciones donde figuraban datos identificativos personales de todas las personas implicadas, el Defensor de Pueblo recomendaba extremar las medidas cautelares necesarias para que este tipo de actuaciones administrativas se ajustaran a lo dispuesto en las normativas aplicables sobre protección de datos de carácter personal y demás derechos fundamentales de aquellos intervinientes en un procedimiento penal.

En cuarto lugar, y concretamente en el contexto de resolver solicitudes de acceso y de un derecho al olvido de datos de carácter personal en Internet, por parte de los motores de búsqueda, cabe examinar la resolución de 27 de mayo de 2015⁹⁹⁹. En ella, el Defensor del Pueblo enfatiza la protección reforzada de la que disfrutaban los interesados tras el fallo de dicha sentencia y la necesidad de proteger y garantizar de manera efectiva el derecho a la intimidad en este ámbito, el libre desarrollo de la personalidad y su autodeterminación informativa. Concreta, además, que solicitar la eliminación de un contenido al buscador forma parte de un “derecho personalísimo ligado directamente a la existencia de la persona” (en esencia, un derecho al olvido digital, aunque no haya querido bautizarlo como tal). No obstante, también reconoce que este entra en conflicto con los derechos del resto de los usuarios de la Red a conocer de dicha información. En este punto de

⁹⁹⁸ Relativa a la queja núm. 16002586 elevada como consecuencia de una citación procesal que contenía datos personales de otras partes implicadas en el proceso, por parte de los Juzgado de Instrucción, de lo Penal y Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Málaga.

⁹⁹⁹ Relativa a la queja núm. 14014412, como consecuencia de denegaciones, o mejor dicho, “decisiones negativas” al derecho de acceso por parte de los motores de búsqueda tras la invasión de peticiones por parte de interesados que conllevó la famosa STJUE de 13 de mayo del asunto *Google Spain*, y la falta de transparencia por parte de los motores de búsqueda en los criterios utilizados para dichas decisiones.

búsqueda de conciliación es donde nos percatamos de que los gestores de estos motores de búsqueda, que facilitan esta información, no hacen públicos los criterios que utilizan para denegar o aceptar la petición concreta del ciudadano en lo que respecta a la eliminación (*sic.* “desaparición”) de enlaces y datos. Y, precisamente, ante esta falta de transparencia y garantías para el ejercicio de los derechos en juego (repercutiendo negativamente en la protección de derechos fundamentales de la persona), el Defensor del Pueblo considera necesario el establecimiento de criterios claros, concretos, consensuados y abiertos al público y efectuó la siguiente recomendación:

“Concretar y publicar los criterios seguidos por los gestores de motores de búsqueda para la adopción de las decisiones relativas a las solicitudes formuladas por los interesados. Establecer un procedimiento concreto de reclamación previo a la vía judicial, con las debidas garantías, al que los interesados que no estén de acuerdo con las decisiones adoptadas por los gestores de los motores de búsqueda puedan acogerse”.

En quinto lugar, debemos referenciar la recomendación efectuada sobre los criterios de admisibilidad de quejas ante la AEPD registradas en otros organismos de la Administración Pública, en su resolución de 29 de abril de 2016¹⁰⁰⁰. En ella, el Defensor del Pueblo consideró que la denegación del registro consistía en una aplicación restrictiva de las correspondientes normas administrativas, contraria al principio *favor libertatis* (o, en este caso *favor civis*):

“A la vista de todo cuanto antecede, esta institución entiende que se ha producido una inadecuada aplicación de las normas relacionadas, que han sido interpretadas con un carácter restrictivo contrario al principio de aplicación de las mismas en beneficio del ciudadano, principio recogido literalmente en la propia Circular alegada en su informe a que se ha hecho referencia en la consideración segunda, que no es sino un trasunto del principio constitucional de eficacia al que debe ajustarse toda actuación administrativa [...] Dar las instrucciones pertinentes para

¹⁰⁰⁰ Relativa a la queja núm. 15012929 sobre la negativa del Registro General de la Delegación del Gobierno de la Comunitat Valenciana a admitir una denuncia dirigida a la Agencia Española de Protección de Datos por no ser competente para registrarlas y haber cauces directos a través de la propia AEPD. Así el organismo público alegaba su falta de competencia en que la AEPD es un organismo público especial independiente de las administraciones públicas y con normativa específica propia, rigiéndose, por tanto, sólo supletoriamente por el derecho administrativo. De tal modo que alegaban que según la normativa de la propia AEPD (reglamento interno y demás resoluciones vinculantes) se habían creado canales específicos para conducir las quejas pertinentes a través de un registro electrónico, o de manera presencial o mediante correo postal en la sede de la agencia en Madrid.

que los criterios de admisibilidad de los escritos dirigidos a la Agencia Española de Protección de Datos que se presenten en el Registro de la Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana se ajusten a las previsiones de las normas que resultan de aplicación, a las que se ha hecho alusión en las consideraciones que anteceden, y especialmente con arreglo a los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos recogido en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

En sexto y último lugar, reviste especial importancia la resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 5 de marzo de 2019, en relación con su aceptación de interponer un recurso de inconstitucionalidad¹⁰⁰¹, que efectivamente interpuso¹⁰⁰² ante el TC, contra el art. 58 *bis* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por el apartado segundo de la disposición final tercera de la LOPDGDD, en tanto en cuanto esta permite la recopilación y tratamiento, por parte de los partidos políticos, de datos de carácter personal especialmente sensibles como son aquellos relativos a opiniones políticas de los ciudadanos; en definitiva, permitía el rastreo y elaboración de perfiles de datos personales ideológicos. El menoscabo para los derechos fundamentales de las personas en la era digital y la necesidad de invalidar esta disposición se pone claramente de manifiesto en la resolución, alegando no sólo la vulneración del principio de legalidad, sino sobre todo, el derecho a la libertad ideológica, el derecho a la participación política, y, de manera especial, el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Así también lo corrobora la Plataforma de Defensa de la Libertad de Información:

“esta decisión del Defensor del Pueblo confirma el atropello que representa esta norma para los derechos fundamentales al permitir a los partidos recopilar, en páginas web y redes sociales, datos personales vinculados a las opiniones políticas de los ciudadanos para realizar ‘perfiles ideológicos’ y personalizar la propaganda electoral. Es decir acciones de ‘microtargeting’ análogas a las del escándalo de ‘Cambridge Analytica’[...] va más allá de la molestia del ‘spam’ político: el mayor peligro está en los usos ilícitos que se pueden hacer por el hecho

¹⁰⁰¹ Tras una petición de un grupo de juristas expertos y diversas asociaciones de defensa de derechos digitales.

¹⁰⁰² Núm. de recurso 1405/2019.

de tener una lista de personas y sus pensamientos ideológicos en manos de un partido”¹⁰⁰³.

Adelantamos que el TC le dio la razón al Defensor del Pueblo y acabó estimando dicho recurso, anulando, por tanto, dicha disposición¹⁰⁰⁴. En lo que al derecho al olvido se refiere, nos interesa destacar un par de consideraciones que hace este garante administrativo que pueden legitimar un derecho al olvido. Por un lado, se habla de la necesidad de evitar situaciones discriminatorias por razón del conocimiento de datos especialmente sensibles de la persona. Por otro lado, nos recuerda que una mención genérica al interés público o general no basta para fundamentar la intromisión en el derecho a la protección de datos de carácter personal a través de la recopilación y elaboración de perfiles sobre la base de datos de carácter personal, y en cualquier caso, ello requeriría asegurar unas “garantías adecuadas” tendentes a regular

*“las facultades atribuidas a los sujetos concernidos, esto es, a los titulares de los datos, así como las posibilidades de actuación que les correspondan, en definitiva, las facultades de disposición y control respecto de esos datos cuya recopilación se autoriza, lo que sin duda es parte integrante del contenido esencial del derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE”*¹⁰⁰⁵.

6.1.2. Garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales constituyen una forma subsidiaria de protección, pero la más contundente. Al margen de las garantías formales o institucionales constitucionalmente establecidas, como pueden ser las instauradas en el art. 53.1, 81 o el 168 CE¹⁰⁰⁶, tenemos aquellas de índole más procesal, como por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo ordinario¹⁰⁰⁷, el recurso de amparo

¹⁰⁰³ Disponible en: <http://libertadinformacion.cc/el-recurso-del-defensor-del-pueblo-contrala-nueva-ley-de-proteccion-de-datos-confirma-el-atropello-que-representa-esta-norma-para-los-derechos-fundamentales/>

¹⁰⁰⁴ Vid. STC núm. 76/2019, de 22 de mayo.

¹⁰⁰⁵ Ello lo sacamos del propio resumen que hace el TC de los antecedentes y argumentos de las partes.

¹⁰⁰⁶ El último lo analizo a fondo en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.*”, pp. 315-358.

¹⁰⁰⁷ Así lo han denominado multitud de autores. Vid., por todos, GIMENO SENDRA, J.V. y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Los procesos de amparo: (ordinario, constitucional e internacional)*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 1994; y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Los otros procesos del amparo judicial ordinario procesos específicos y genéricos”, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y CARMONA CUENCA, E. (Coords.) *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.275-300.

constitucional, o recursos habilitados por las cláusulas de supranacionalidad. A continuación, no se pretende hacer un examen estructurado de cada una de estas garantías, sino más bien de analizar la jurisprudencia derivada de ellas, en relación con la consagración y desarrollo de un derecho al olvido digital. Todo ello resulta necesario no sólo para entender la evolución y actual entendimiento de este derecho, sino también por la necesidad de conciliar la actividad de los diferentes órganos jurisdiccionales, en particular sus convergencias y divergencias interpretativas, en el marco del sistema de protección de los derechos fundamentales, inherentemente dinámico y garantista, insostenible sin los mecanismos e instrumentos jurídico-procesales que cada uno ofrece.

Antes de entrar a valorar el desarrollo jurisprudencial, y subsiguiente tutela del derecho al olvido, cabe introducir dos cuestiones preliminares: una genérica relativa a las vías de garantía jurisdiccional, y otra, específica, relativa a la relación entre la protección de datos y la publicación de resoluciones judiciales, sobre todo aquellas adoptadas por nuestro máximo interprete, calificadas como fuentes de carácter público y cuya publicación íntegra está constitucionalmente establecida¹⁰⁰⁸. Por un lado, en lo relativo a la protección y tutela de los derechos y libertades fundamentales, estos cuentan con una doble vía de protección jurisdiccional en el ámbito nacional: primero, mediante los recursos ordinarios o especiales (como es el caso del conocido como “recurso de amparo ordinario”, o procedimiento especial para defensa de los derechos fundamentales) que prevé el ordenamiento jurídico en el ámbito del Poder Judicial; segundo, mediante el recurso de amparo ante el TC, como órgano fuera de esa jerarquía jurisdiccional y con categoría propia. Por otro lado, como consecuencia directa del carácter público de las resoluciones del TC, estos ficheros no solo están accesibles en las bases de datos electrónicas de jurisprudencia bajo el poder del propio TC, sino que, además, son indexados y puestos a disposición mediante búsquedas simples en Internet, lo que ha conllevado que la AEPD solicite, en reiteradas ocasiones, su anonimización¹⁰⁰⁹, y el propio TC haya aclarado la relatividad del principio de publicidad y sus limitaciones cuando derechos ligados al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana están en juego; así lo establece en su sentencia de 5 de abril de 2006:

“La exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal que incorporan

¹⁰⁰⁸ Vid. art. 164 CE.

¹⁰⁰⁹ Vid, por todos, los informes jurídicos núm. 434/2006 y 451/2006.

doctrina constitucional, sin embargo, no es de carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos [...] el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, establece la posibilidad de excepcionarlo en los términos previstos en la leyes de procedimiento; y, por otro, y especialmente, de la circunstancia de que, como cualquier otra exigencia constitucional, dicho principio puede resultar limitado por la eventual prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto, y que debe ser ponderada en cada caso. [...] [en aquellos] casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal[...] acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes [...] la posibilidad de omitir la identificación de las partes intervinientes en el proceso puede [...] servir de elemento de referencia tanto en lo relativo a establecer la necesidad de que la decisión sobre la restricción de la publicidad de las partes intervinientes en el proceso constitucional se realice haciendo una ponderación individualizada de los intereses constitucionales concurrentes en el caso con los que el principio de publicidad”¹⁰¹⁰.

A. La visión inicial de la AN y otras instancias inferiores

A modo de introducción, cabe recordar que, de conformidad con el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹⁰¹¹, los litigios derivados del ejercicio de las facultades correspondientes de la AEPD, se proyectan sobre el proceso contencioso-administrativo, y genéricamente, sobre la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

¹⁰¹⁰ STC núm. 114/2006 de 5 de abril (FJ 7).

¹⁰¹¹ BOE núm. 167, de 14/07/1998.

Audiencia Nacional, ya que a ella le corresponde la competencia para conocer de los recursos correspondientes.

Una vez dicho esto, cabe mencionar, por el hecho de ser la primera referencia indirecta a una suerte de derecho al olvido, la SAN de 10 de febrero de 2010¹⁰¹², que versaba sobre la problemática concerniente a la publicación, en boletines oficiales, de resoluciones íntegras, posteriormente indexadas en motores de búsqueda en la Red. Si bien es cierto que pudiera parecer que estamos hablando de un derecho al olvido del pasado penal¹⁰¹³, enfoca su análisis sobre el principio de pertinencia del tratamiento de datos de carácter personal y sobre la vulneración de un deber de secreto o confidencialidad. Así, entiende este deber como obligación de mantener la confidencialidad que surge del tratamiento de datos de carácter personal para el responsable del fichero o para cualquiera que intervenga en el mismo en aras de “*salvaguardar o tutelar el derecho de las personas a mantener la privacidad de sus datos de carácter personal y en definitiva el poder de control o disposición sobre sus datos*”¹⁰¹⁴. Así, el hecho de que se publique la resolución en un boletín oficial, que este se vuelque en Internet, que sea accesible en una página web oficial y que automáticamente se encuentre con una búsqueda rápida en la Red, hace que ello constituya un tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹⁰¹⁵. Y de tal forma que estima parcialmente las pretensiones (en cuanto al contenido material sí, pero rebajando la infracción de muy grave a grave) concluye que “*el deber de secreto o confidencialidad se infringe desde el momento en que se permite acceder a terceros a los datos en cuestión, sin que exista cobertura para dicho acceso o lo que es igual, para que dichos terceros puedan conocer los mencionados datos o tenerlos a su disposición, como ha sucedido en el caso enjuiciado*”¹⁰¹⁶.

En segundo término, en relación con la indexación de hechos o noticias periodísticas, debemos destacar dos sentencias inaugurales. La primera, la SAN de 15 de junio de 2012¹⁰¹⁷, que acabó estimando parcialmente el recurso interpuesto ante ella, anulando la

¹⁰¹² SAN núm. 1295/2010, posteriormente confirmada por la STS núm. 7412/2012 (de 13 de noviembre).

¹⁰¹³ Así lo denominan autores como la francesa HERZOG-EVANS, M.: “Judicial Rehabilitation in France: Helping with the Desisting Process and Acknowledging Achieved Desistance”, *European Journal of Probation*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 4-19; o la española JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, M. I.: *El derecho al olvido digital...op.cit.*, pp. 241-288.

¹⁰¹⁴ SAN núm. 1295/2010 (FJ 6).

¹⁰¹⁵ *Id.* FJ 3.

¹⁰¹⁶ *Id.* FJ 6 *in fine*.

¹⁰¹⁷ SAN núm. 2938/2012 concerniente a un recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria de la AEPD.

confirmación, por parte de la AEPD, de la denegación del derecho de cancelación y oposición de datos personales vinculados a noticias relativas a una condena penal de hechos que sucedieron décadas antes (antecedentes penales cancelados), frente a diferentes medios de comunicación como responsables de dicho tratamiento, como lo había solicitado la AEPD, para así limitar la vinculación del nombre y apellidos con las noticias, “con el objeto de que en el futuro los motores de búsqueda de Internet no puedan asociarlo al interesado”. La petición del interesado era limitada, pues este requería la desvinculación de su nombre con la noticia en la que aparecía citada su condena, del listado de resultados del buscador que ofrecía la página del periódico digital, y no la supresión *per se* de la noticia en el periódico digital correspondiente: “*no se refiere a la publicación de la noticia sino a los resultados de una búsqueda utilizando un servicio puesto a disposición del usuario por la empresa editora al objeto de buscar la información solicitada en la totalidad de las publicaciones digitales del medio de comunicación*”¹⁰¹⁸. La AN, en este caso, no obstante, consideró que los argumentos de la AEPD no estaban suficientemente motivados, ya que esta se limitaba a concluir que la libertad de expresión, constitucionalmente protegida, disfruta de una posición prevalente cuando se enfrente a la supresión de información veraz de relevancia pública, pero sin aportar razones de peso o del caso concreto que conllevaran a fallar tan rotundamente en contra del interesado:

*“En efecto, no consta en la citada resolución referencia ni valoración de las circunstancias específicas concurrentes en el caso de autos, y tampoco razonamiento alguno sobre las consideraciones efectuadas por el recurrente en relación con los buscadores existentes en la propia página web de los diarios digitales en cuestión, que a su juicio, constituyen auténticas bases de datos, en las que al introducir el nombre y apellidos del demandante se accede a la información sobre su condena penal, considerando que este proceso de búsqueda y presentación de la información, es un servicio que la empresa editorial presta a sus lectores que no debe ser confundido con la publicación en su momento de la noticia, y que no está amparado por lo establecido en el artículo 20.d) de la Constitución”*¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ *Id.* FJ 1 *in fine* y FJ 4.

¹⁰¹⁹ *Id.* FJ 4.

Sobre los orígenes del derecho al olvido, debemos citar la SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2013¹⁰²⁰. En esta crucial sentencia se aplicó el siguiente criterio:

“a pesar de que los hechos que dieron lugar a la controversia eran de interés público y de suficiente entidad como para justificar la prevalencia de las libertades informativas sobre otros derechos como la intimidad o la protección de datos¹⁰²¹, el hecho de que datos identificables innecesarios para la difusión de dicha noticia se publicaran, afecta al derecho fundamental a la intimidad. Así se reconoce un derecho al olvido digital a favor del titular de los datos personales, vinculándolo a la intimidad personal”¹⁰²².

También resulta interesante traer a colación la SAP de Barcelona de 11 de octubre de 2013¹⁰²³, sobre todo en lo que a su argumentación jurídica se refiere, aportando lo que hemos llamado “*ratione constitutionalis* del derecho al olvido”¹⁰²⁴, basada “*en el derecho a la privacidad o como parte de los derechos de la personalidad [...] justificado [...] en la convicción de que el ser humano no debe reducirse a su pasado [...]*”¹⁰²⁵. Por último y para acabar con la visión pionera de la Audiencia Provincial de Barcelona, cabe hacer referencia a la SAP de Barcelona de 17 de julio de 2014¹⁰²⁶.

Este pronunciamiento tiene una relevancia significativa, dado que se ha configurado como la primera sentencia en España que reconoce formalmente el derecho al olvido digital, conectando las facultades de cancelación y oposición del titular de los datos, vinculándolo al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Así, el tribunal señala que el bien jurídico vulnerado por el motor de búsqueda es el derecho al olvido¹⁰²⁷, siendo este una manifestación de dos derechos de la personalidad distintos:

¹⁰²⁰ SAP de Barcelona (Sección 14), núm. 86/2013, que versaba sobre la difusión de datos personales, vinculados a unos antecedentes penales cancelados, en el contexto de una investigación policial, por parte de un periódico de tirada nacional, y su menoscabo para el honor, reputación, intimidad, y libre desarrollo de la personalidad del individuo en cuestión.

¹⁰²¹ *Id.* FJ 3: “[...] afectación del derecho a la intimidad personal, por la descontextualización de los datos [...] antiguas condenas [...] ninguna eficacia una vez producida la cancelación de antecedentes penales e inciden de forma directa en el llamado derecho al olvido [...]”.

¹⁰²² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles...*op.cit.*, p. 256.

¹⁰²³ SAP de Barcelona (Sección 14), núm. 1921/2013.

¹⁰²⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles...*op.cit.*, p. 257.

¹⁰²⁵ *Id.* FJ 4.

¹⁰²⁶ SAP de Barcelona (Sección 16), núm. 364/2014, que versaba sobre la solicitud de interrupción del tratamiento de datos personales realizado por parte de un motor de búsqueda online, admitiendo un derecho al olvido en Internet a través de su conexión con el derecho fundamental a la protección de datos.

¹⁰²⁷ *Id.* FJ 5.

el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar¹⁰²⁸. Puesto que apenas dos meses antes del fallo, se publicó la sentencia del TJUE sobre el *Asunto Google Spain SL*, dicho órgano pareció haberse inspirado en ella, tanto a la hora de interpretar el derecho al olvido digital como de considerar a Google como responsable de un tratamiento automatizado de datos. Así, este órgano jurisdiccional español concluye que el carácter especialmente sensible de datos personales como los antecedentes penales, así como el ejercicio efectivo de los derechos de cancelación y oposición hace que se vulnere la normativa de protección de datos, cuando un motor de búsqueda no elimine de la lista de resultados aquellos enlaces a páginas que contengan datos personales o información relativa a esa persona que ya no sean relevantes por el tiempo transcurrido, incluso cuando dichos datos no se eliminen de la página web originaria¹⁰²⁹.

Si bien las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona resultaban ser novedosas y relativamente proteccionistas con respecto a los derechos de los usuarios, sobre todo en lo que se refiere a garantizar una protección plena y eficaz de los derechos de la personalidad en el entorno digital, en parte han sido revocadas por el TS; aunque como veremos, han existido diversas líneas jurisprudenciales por parte del TS y ello ha requerido la aclaración por parte del TC, todo lo cual analizaremos en el apartado contiguo.

Expuesto todo lo anterior, se debe, inexorablemente citar la SAN de 29 de diciembre de 2014¹⁰³⁰, como la primera sentencia española que incorporó la doctrina del TJUE en su asunto *Google Spain, litis* iniciada, como ya sabemos, por este mismo órgano jurisdiccional. Esta sentencia es la primera publicada de una larga lista de sentencias que reconocen un derecho al olvido de los particulares, definiéndolo como un poder de disposición sobre informaciones de carácter personal que se publican¹⁰³¹. Para el caso concreto, reconoce el derecho del interesado, titular de los datos de carácter personal, a solicitar la retirada de los enlaces del motor de búsqueda relativos a la información publicada 16 años antes, por considerar que dicha información carece de relevancia e

¹⁰²⁸ En cuanto al derecho de protección de datos, la sentencia trata de determinar si ha habido infracción del mismo por el mero hecho de que Google publique enlaces en versión electrónica del Boletín Oficial del Estado sobre un indulto, un largo tiempo después de la publicación en la versión en papel.

¹⁰²⁹ SAP de Barcelona núm. 364/2014 (FJ 7 y 21). Y tal y como apuntan algunos autores como SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido...op. cit.*, p. 226.; y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "Vulneración del "Derecho al Olvido" e Indemnización por Daños. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 17 de julio de 2014", *CESCO*, 2015.

¹⁰³⁰ SAN núm. 725/2010.

¹⁰³¹ *Id.* FJ 13.

interés para el público actual, “*debido al tiempo transcurrido y recordando que el hecho de eliminar los vínculos no supone una desaparición de la información, sino más bien su desvinculación con datos identificables de la persona, tales como su nombre*”¹⁰³².

Aunque da la misma respuesta que el TJUE, esclarece algunas dudas y establece criterios para su ejercicio¹⁰³³. De modo que, para la prosperabilidad en el ejercicio de un derecho al olvido (que directamente equipara a los derechos de oposición y cancelación), el interesado deberá (i) indicar expresamente que dicha oposición se ejercita frente a los enlaces generados a partir de búsquedas con el nombre, (ii) reproducir los enlaces e indicar los elementos identificativos controvertidos, y (iii) exponer la concreta situación personal y particular del interesado que hace necesaria la desvinculación de los mismos, justificándolo bien en aras de realizar un debido examen de ponderación con derechos e intereses legítimos¹⁰³⁴. En efecto, dado que en la doctrina jurisprudencial se ha asentado que ningún derecho es absoluto¹⁰³⁵, el ejercicio de este derecho estará justificado cuando las circunstancias de cada caso concreto así lo determinen¹⁰³⁶. Y precisamente, hablando de este necesario examen de conciliación y ponderación, determina que ello se dará cuando: (i) el interesado carezca de relevancia pública o conocimiento sobre información personal no cumpla con un interés general, (ii) el tratamiento inicialmente lícito devenga inadecuado o desproporcionado cuando dicha información en la fuente original sea recopilada, almacenada, indexada y se ponga a disposición con una finalidad distinta para la que fue recogida inicialmente, (iii) no comprometa el derecho a la información o la libertad de expresión –lo que no hace puesto que la fuente original queda intacta-¹⁰³⁷. En el examen de estos criterios, se ha pronunciado recientemente en contra del interesado.

¹⁰³² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles...*op.cit.*, p. 258 resumiendo el FJ 14 *in fine*.”

¹⁰³³ *Id.* FJ 13 *in fine*, declarando que aquel que ejercita su derecho de oposición debe indicar “*que la búsqueda se ha realizado a partir de su nombre, como persona física; indicar los resultados o enlaces obtenidos a través del buscador, así como el contenido de esa información que le afecta y que constituye un tratamiento de sus datos personales [...]*”.

¹⁰³⁴ *Id.* FJ 11.

¹⁰³⁵ *Id.* FJ 13: “[...] *prevalencia del derecho de oposición [...] sobre el interés legítimo del gestor del motor de búsqueda en la actividad que desarrolla, no es absoluta [...]* Al igual que la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada, del que la protección de datos personales constituye una manifestación autónoma, las injerencias, o límites, en este derecho pueden venir justificadas [...]”.

¹⁰³⁶ *Id.* FJ 13: “*ya sea por la naturaleza de la información, su carácter sensible para la vida privada [...] por la no necesidad de los datos en relación con los fines para los que se recogieron o por el tiempo transcurrido, entre otras [...]*”.

¹⁰³⁷ Esto último debidamente lo resume Di Pizzo recordando que “*la libertad de información no se restringe, sino que se encuentra satisfecha por su subsistencia en la fuente-rectius, el alcance del derecho continua siendo el mismo- esto es, en el sitio web donde el editor publica la información, sin que la supresión de los vínculos a las páginas web –objeto de reclamación por el afectado – de los índices de la lista de resultados evite la accesibilidad a las citadas páginas web a partir de la consulta en el MBI de*

Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional declaró conforme a Derecho la accesibilidad, a través de búsquedas por nombres y apellidos, de la lista de resultados correspondiente sobre noticias referentes a la publicación de patentes¹⁰³⁸. En este caso, la AN advirtió que la existencia de un interés general de acceso a información de interés público y la licitud de la fuente original respaldaba la prevalencia de las libertades informativas frente a la solicitud de supresión de dichos enlaces, recordando que el derecho al olvido no se concibe para construir curriculums al gusto, pues se “*se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país*”¹⁰³⁹. En similar sentido se ha pronunciado en un caso relativo a un médico que reclamaba la desvinculación de su nombre con un artículo de opinión en una revista¹⁰⁴⁰. Así, tras sopesar todas las circunstancias y factores, como la veracidad de la noticia, el interés público de la información, el derecho de los internautas a informarse sobre la cuestión controvertida, el factor tiempo, etc., la AN concluyó que:

*“Nos encontramos por tanto ante una noticia respecto de un médico que está implicado en asuntos de relevancia pública, obligado por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general. [...] la página cuya cancelación deniega la resolución impugnada tanto por la materia a que se refiere (la enfermedad de alzhéimer) como por las personas que en ella intervienen (determinados médicos), sí está amparada por la libertad de expresión del artículo 20 CE al contribuir, en definitiva, a la formación de la opinión pública. Libertad de expresión que comprende, como ya se ha indicado, junto a la mera expresión de pensamientos, creencias, ideas, opiniones y juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Libertad de expresión a cuyo ejercicio no es aplicable el límite interno de veracidad que sí es aplicable a la libertad de información”*¹⁰⁴¹.

otros datos- no es así a partir del nombre del afectado”. Vid. DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.*, p. 171.

¹⁰³⁸ SAN núm. 4476/2018 de 2 de noviembre.

¹⁰³⁹ *Id.* FJ 6 in fine.

¹⁰⁴⁰ SAN núm. 514/2019 de 14 de febrero.

¹⁰⁴¹ *Id.*, FJ 5 in fine y FJ 6.

Son muchas más, no obstante, las sentencias que ha emitido la AN con respecto a casos análogos, por no decir, prácticamente idénticos¹⁰⁴² a la línea pro-derecho al olvido, con posterioridad a las sentencias citadas, calificándose la labor de la misma, según Lucas Murillo de la Cueva, de excelente, explicando por tanto, que en general, se haya visto confirmada por el TS¹⁰⁴³. Cabe, no obstante, apuntar dos matizaciones. De una parte, una postura favorable al derecho al olvido no significa, ni mucho menos que este haya devenido absoluto. Muestra de ello es la sentencia de la AN en la que se rechazó el derecho al olvido en su faceta de desindexación y retirada de enlaces relativas a noticias sobre un psicólogo absuelto de un delito de abusos sexuales, dándole carácter preferente a la libertad de expresión y al derecho a la información de gran relevancia pública¹⁰⁴⁴. Si bien aquí vemos un límite al derecho al olvido, cabe decir que la AN reconoció otra de sus facetas, en cuanto derecho a la re-contextualización digital, imponiendo, como requisito, que el motor de búsqueda colocase los enlaces de noticias sobre su absolución, como los primeros resultados de búsqueda, ateniéndose a un criterio temporal y teniendo en cuenta la situación de perjuicio particular¹⁰⁴⁵. De otra parte, la última sentencia examinada fue recurrida en casación y dio lugar a que el TS modificara la doctrina jurisprudencial asentada por la Audiencia Nacional, en tanto en cuanto obliga a los usuarios que quieran ejercitar sus derechos a hacerlos valer contra la sede central del motor de búsqueda en cuestión, y que esta última también ha sufrido cambios, gracias a la intervención del TC, como veremos a continuación.

B. Las líneas del TS

Una vez más, a modo de introducción, cabe recordar que el TS ha desempeñado un papel principal, a través del recurso de casación en la resolución y aclaración de conflictos relativos a la protección de datos. Además, aunque ha tenido ocasión de tratar este tema tan transversal en sus Salas Segunda¹⁰⁴⁶ y Cuarta¹⁰⁴⁷, nos centraremos en las aportaciones

¹⁰⁴² *Vid.*, en tal sentido, la recopilación de DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.*, pp. 172-179.

¹⁰⁴³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “El Tribunal Supremo...*op.cit.*, p. 188.

¹⁰⁴⁴ SAN núm. 151/2018 de 22 de noviembre de 2019.

¹⁰⁴⁵ *Id.* FJ 6 *in fine*.

¹⁰⁴⁶ Con asuntos concernientes a la Jurisdicción Penal. *Vid.*, por todos, STS núm. 5281/2016 de 30 de noviembre relativa a la obtención de una prueba, calificada de ilícita por vulnerar el derecho a la protección de datos.

¹⁰⁴⁷ Con asuntos concernientes a la Jurisdicción Laboral tales como la videovigilancia laboral, el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones del trabajador, ejemplificados en las SSTS núm. 96/2017,

que ha formalizado en sus Salas Primera y Tercera, como mayores y principales garantes del derecho al olvido digital. Así, nos introduce el tema Lucas Murillo de la Cueva:

*“Entre las principales novedades surgidas en los últimos años en torno al derecho a la protección de datos, además, naturalmente, de la aprobación y posterior entrada en vigor del Reglamento Europeo, se cuenta sin duda el paso adelante que supuso la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12 (Google contra España), más conocida por haber afirmado el llamado derecho al olvido frente a los motores de búsqueda”*¹⁰⁴⁸.

Estimamos pues, necesario comenzar esta síntesis del acervo jurisprudencial del TS, post-*Google Spain*, con la STS de 15 de octubre de 2015¹⁰⁴⁹, no sólo por constituir la primera sentencia que dicta sobre el derecho al olvido¹⁰⁵⁰, sino por desarrollarse la hermenéutica sobre su concepción e implicaciones prácticas en su Sala Primera (de lo Civil) y no Tercera (de lo Contencioso-Administrativo), como se podría haber esperado¹⁰⁵¹. Independientemente de ello, a pesar del avance que supone lograr tratar la protección plena y eficaz de los derechos de la personalidad en el entorno digital en sede judicial suprema, consideramos que se deben efectuar unas consideraciones acerca de las

de 2 de febrero, núm. 8876/2011 de 6 de octubre, núm. 6128/2006 de 26 de septiembre de 2007, todas ellos para la unificación de doctrina.

¹⁰⁴⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “El Tribunal Supremo...*op.cit.*”, pp. 198-199

¹⁰⁴⁹ STS núm. 545/2015 de 15 de octubre. Apuntando que la adopción de medidas de eliminar datos personales del código fuente de la página web que contenía la noticia, suprimir los nombres y apellidos y no permitir que constaran siquiera las iniciales, además de adoptar medidas técnicas que evitasen que la información pudiera ser indexada por el propio buscador interno de la web del periódico suponía un “sacrificio” desproporcional y excesivo de la libertad de información. Así, aunque reconoce el vínculo entre el paso del tiempo y la intimidad informática (privacy), a través de la oposición al tratamiento de datos, precisa que este derecho no ampara que se pueda reconstruir el pasado a medida.

¹⁰⁵⁰ Lo que ha generado muchos trabajos sobre la doctrina que unifica. *Vid.*, por todos, ESCOBAR ROCA, G.: “Derecho al olvido en hemeroteca digital: Sentencia del Tribunal Supremo de 15.10.2015”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2016, pp. 33-38; PIZARRO MORENO, E.: “Celada al derecho al olvido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 545)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 41, 2016, pp. 327-342; y TRONCOSO REIGADA, A.: “El derecho al olvido digital de los médicos a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre”, *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, núm. 114, 2015, pp. 67-68.

¹⁰⁵¹ Quizás ello se explique a través de las pretensiones de las partes (y su énfasis en la potencial vulneración del derecho a la reputación y a la vida privada de los implicados) como consecuencia de la digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas. De tal forma, Di Pizzo, nos lo resume: “*La sentencia pone fin (al menos, en la jurisdicción ordinaria del ordenamiento positivo español) a un caso con singular idiosincrasia procesal: en primer lugar, porque la reclamación inicial se instó ante la vía administrativa (AEPD) aunque, una vez agotada, las interesadas no impugnaron sus respectivas resoluciones ante la AN, hecho así reflejado en la casuística (general, den la tutela de los derechos ARCO, y particular, en la protección específica del derecho al olvido digital)*”. *Vid.* en este sentido DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.* p. 181.

conclusiones a las que llega nuestro TS. Si bien estamos de acuerdo con la reafirmación que hace acerca de la necesidad de que cualquier tipo de tratamiento (sobretudo el automatizado) de datos de carácter personal deba estar regido por los principios de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud¹⁰⁵², así como con el criterio del paso del tiempo (frente al de la veracidad de la información) y con el potencial daño a los derechos personalísimos cuando la hiperaccesibilidad digital posibilita la formación de un perfil completo de la persona y efectos distorsionadores y estigmatizantes, en el contexto digital como una de las premisas clave para el ejercicio de un derecho al olvido¹⁰⁵³, no compartimos plenamente el examen de ponderación que efectúa sobre los derechos o intereses en conflicto (a saber, la libertad de información y los derechos personalísimos contemplados en el art. 18 CE¹⁰⁵⁴).

El TS consideraba que eliminar o impedir el acceso a datos personales del buscador de la hemeroteca iba más allá de lo proporcional pues ello implicaba poner en peligro la integridad de los archivos digitales, como parte integral de las libertades de información del medio de comunicación¹⁰⁵⁵ y consideraba únicamente prosperable un derecho al olvido frente a lo que llama “buscadores generalistas”¹⁰⁵⁶, justificándolo con apoyo en dos argumentos principales: uno, tendente a evitar la perturbación grave de los mecanismos de información ciudadana, rechazando un derecho a construir un currículum al gusto, controlando el discurso sobre uno mismo¹⁰⁵⁷, y otro diferenciando entre adoptar medidas tendentes a desvincular la información para evitar la desindexación por parte de los motores de búsqueda generales frente a la misma práctica por parte del buscador

¹⁰⁵² STS núm. 545/2015 (FJ 6.1)

¹⁰⁵³ *Id.* FJ 6.3: “El problema no es que el tratamiento de los datos personales sea inveraz, sino que pueda no ser adecuado a la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”.

¹⁰⁵⁴ *Id.* FJ 6.6: “la libertad de información que supone la edición y puesta a disposición del público de hemerotecas digitales en Internet, que otorga un ámbito de protección menos intenso que la publicación de noticias de actualidad, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información contenida en la hemeroteca digital afecta negativamente a la reputación del afectado”.

¹⁰⁵⁵ *Id.* FJ 6.7 in fine.

¹⁰⁵⁶ *Id.* FJ 6.8.

¹⁰⁵⁷ *Id.*: “eliminando de Internet las informaciones negativas, ‘posicionando’ a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones”.

interno del medio periodístico¹⁰⁵⁸. Así, parece el TS entender que esta diferencia sustancial implica que la segunda medida:

“supone un sacrificio desproporcionado, por excesivo, del derecho a la libertad de información. [...] Estos motores de búsqueda internos de las hemerotecas digitales solo sirven para localizar la información contenida en el propio sitio web una vez que el usuario ha accedido a dicho sitio web. No son por tanto asimilables a los motores de búsqueda de Internet tales como Google, Yahoo, Bing, etc. El riesgo para los derechos de la personalidad de las personas afectadas por la información guardada en la hemeroteca digital no radica tanto en que la información sea accesible a través del motor de búsqueda interno del sitio web en que se encuentra alojada, pues se trata de una búsqueda comparable a la que efectuaban quienes acudían a las viejas hemerotecas en papel, como en la multiplicación de la publicidad que generan los motores de búsqueda de Internet, y en la posibilidad de que mediante una simple consulta utilizando los datos personales, cualquier internauta pueda obtener un perfil completo de la persona afectada en el que aparezcan informaciones obsoletas sobre hechos ya remotos en la trayectoria vital del afectado, con un grave potencial dañoso para su honor y su intimidad, [...] Es por eso que esa información debe resultar invisible para la audiencia general de los usuarios de los motores de búsqueda, pero no para la audiencia más activa en la búsqueda de información, que debe tener la posibilidad de acceder a las noticias en su integridad a través del sitio web de la hemeroteca digital. Hay una enorme diferencia entre la búsqueda que quien desee tener información específica pueda realizar acudiendo a las diversas hemerotecas, que el perfil completo que cualquiera pueda obtener en un buscador de Internet con tan solo introducir el nombre de una persona en Internet”¹⁰⁵⁹.

Precisamente en esta cuestión controvertida radica la necesidad de nuestra propuesta tipológica basada en los derechos humanos, pues, si consideramos el derecho al olvido como mera eliminación de información personal en el contexto del almacenamiento

¹⁰⁵⁸ *Id.* FJ 7.1.

¹⁰⁵⁹ *Id.* FJ 7. 3 y 4. Postura sobre las hemerotecas digitales que parece estar en línea con los argumentos que ha mantenido el TC hasta 2018 y con las directrices originarias del Grupo de trabajo del artículo 29 de noviembre de 2014 (relativas a la implementación del fallo del Tribunal Europeo de Justicia en el caso ‘Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos Personales y Mario Costeja González’) y, aunque lo analizaremos más adelante, *vid.*, también en tal sentido, STC núm. 58/2018, de 4 de junio (FJ 8).

digital, esta medida, quizás podría considerarse desproporcionada. En cambio, si entendemos el derecho al olvido como un derecho al libre desarrollo de la identidad (o a la re-contextualización) digital, la desvinculación del nombre y de datos de carácter personal obsoletos y que afectan negativamente a los derechos personalísimos debería efectuarse independientemente del tipo de buscador del que se trata, no dando lugar no sólo a un derecho al olvido a medias, sino tampoco a una suerte de derecho al olvido de primera y segunda clase. Di Pizzo, en este mismo sentido y con un entendimiento equivalente basado en los principios de protección de datos, reprocha la obligación que impone el TS a “*tolerar el daño minoritario que la búsqueda de información a partir de sus datos en un MBI interno pueda provocar*”, añadiendo que:

*“la libertad de información del editor no debería amparar la consulta de información de una persona física a partir de sus datos personales[...] indiferentemente del MBI -generalista o específico- que se utilice [...] y ello porque el tratamiento de datos debería reputarse lícito o ilícito en virtud del cumplimiento o incumplimiento de los principios que lo rigen [recordemos aquellos relativos a la calidad de los datos, a la finalidad del tratamiento, etc.], y no en función del alcance del MBI (interno o externo) que el usuario utilice para consultar los datos”*¹⁰⁶⁰.

Como ya adelantábamos, el Tribunal Supremo, en su STS de 14 de marzo de 2016¹⁰⁶¹, modificó la doctrina jurisprudencial sentada por la Audiencia Nacional¹⁰⁶², introduciendo una novedad más en contra del principio *favor libertatis*, en tanto en cuanto obliga a los usuarios que quieran ejercitar sus derechos a hacerlos valer contra la sede central del motor de búsqueda en cuestión y no contra su filial nacional¹⁰⁶³, señalando que Google Inc. es el que gestiona técnica y administrativamente el buscador y que no está probado que Google Spain, S.L., como mero alojador de contenidos, realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros. De ahí que considere que únicamente Google Inc. es responsable del tratamiento de datos personales, por corresponderle, en

¹⁰⁶⁰ DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.* pp. 186-187.

¹⁰⁶¹ STS núm. 574/2016, de 14 de marzo.

¹⁰⁶² Vid. Fundamento Jurídico 10: “*no cabe hablar de corresponsabilidad de Google Spain en el tratamiento de datos en cuestión, por cuanto no concurren en la misma los requisitos que determinan la condición de responsable, y tampoco constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con Google Inc a que se refiere la sentencia de instancia.*”

¹⁰⁶³ Lo que justifica con apoyo en un análisis de derecho comparado, examinando la doctrina jurisprudencial de otros países.

exclusiva, la determinación de los fines, las condiciones y los medios de dicho tratamiento. Por supuesto, discrepamos de esta aproximación, pues entendemos que existe una corresponsabilidad, y así también lo ha entendido la AEPD, que poco después se vio obligada a emitir una nota aclaratoria¹⁰⁶⁴, rechazando esta interpretación restrictiva. Quizás por eso, la doctrina no ha apreciado más el problema de semejante interpretación, pues:

“la ausencia de responsabilidad de Google Spain declarada por el TS en esta Sentencia núm. 574/2016 en ningún caso reduce o limita el contenido del derecho al olvido, que no se ve afectado en absoluto. Este pronunciamiento tiene relevancia de índole técnico-procesal [...] su relevancia para los usuarios que pretendan ejercitar su derecho es nula, ya que no hace sino confirmar la configuración del derecho al olvido creada por el TJUE y por la AN, y que se caracteriza por la potestad de solicitar la desindexación de resultados de búsqueda que incluyan datos inexactos, no pertinentes, excesivos o no actualizados obtenidos mediante la búsqueda del nombre y apellidos del solicitante. Los usuarios podrán continuar ejercitando este derecho con normalidad. Ni siquiera se producirán cambios a la hora de tramitar las solicitudes, ya que éstas continuarán enviándose a Google Spain en tanto que establecimiento del responsable Google, Inc. De igual modo, la AEPD continuará tutelando los derechos de estos usuarios cuando el responsable no atienda debidamente las solicitudes”¹⁰⁶⁵.

Por esta razón, parece necesario traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016¹⁰⁶⁶, por su pronunciamiento sobre el derecho al olvido digital, sobre la operación de consulta de un motor de búsqueda de los que previamente llamó generalistas, al reconocerle un derecho al olvido a aquellos que, no siendo figuras públicas, se opongan al tratamiento de datos personales, realizado a través de una consulta generalista en la Red, por hacer indelebles y universalmente accesibles informaciones de carácter personal que dañan gravemente a los derechos fundamentales personalísimos¹⁰⁶⁷;

¹⁰⁶⁴ AEPD, *Nota informativa sobre el ejercicio del derecho al olvido* de 15 de marzo de 2016.

¹⁰⁶⁵ MUÑOZ RODRÍGUEZ, J.: “La incidencia de la sentencia del tribunal supremo (STS núm. 574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido”, *Diario La Ley*, núm. 8734, 2016, p. 2.

¹⁰⁶⁶ STS núm. 210/2016 de 5 de abril.

¹⁰⁶⁷ *Id.* FJ 5.13: “[...] no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que [...] propia iniciativa depure [...] sacrificio desproporcionado para la libertad de información, [...] Pero sí [...] dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, [...] cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las

también tiene interés esta sentencia por hacer un giro copernicano en cuanto a la jurisprudencia anteriormente examinada, atribuyéndole responsabilidad a la filial del motor de búsqueda en su versión española, sobre la base de darle efectividad a los derechos digitales en juego y, por ende, de no debilitar el efecto útil de la normativa aplicable¹⁰⁶⁸. En cuanto a la primera cuestión, cabe resaltar que el TS no pone en duda la calificación de tratamiento automatizado de datos de carácter personal a las actividades que efectúa el motor de búsqueda, también en su versión española, ni la responsabilidad conjunta de acometer el cumplimiento de la normativa en la materia, incluidas tanto la observancia de los principios rectores para el tratamiento como la de aquel derivado del ejercicio de los derechos del interesado; así asienta un concepto extensivo de lo que constituye ‘responsable del tratamiento’¹⁰⁶⁹.

En lo que se refiere al examen de ponderación de los derechos en juego, cabe centrar nuestra atención en el cambio de paradigma hermenéutico que realiza en su intento de conciliación del derecho al olvido, como faceta del derecho fundamental a la protección de datos, y las libertades informativas, en particular, el derecho de acceso a información de interés público (en este caso aquella relativa a un indulto). Si bien aquí el TS confirma el potencial interés público que puede tener un documento publicado en el BOE relativo a la concesión de un indulto, también recuerda que su indexación y puesta a disposición automática por parte de un motor de búsqueda produce graves injerencias para los derechos de la personalidad, entre ellos, la protección de los datos personales y semejante accesibilidad no está justificada¹⁰⁷⁰. De hecho, uno de los criterios que exprime el TS es

personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales.”.

¹⁰⁶⁸ *Id.* FJ 3.8-3.10: “Una solución en sentido contrario, como la propugnada por Google Spain, basada en un concepto estricto de «responsable del tratamiento», que lleve a considerar que la única legitimada pasivamente para ser demandada en un proceso de protección de derechos fundamentales por la vulneración causada por el tratamiento de datos que realiza el buscador Google es la sociedad matriz, Google Inc, sociedad de nacionalidad norteamericana con domicilio social en California, supondría frustrar en la práctica el objetivo de «garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales» que, de acuerdo con el apartado 53 de la STJUE del caso Google, tiene la Directiva comunitaria [...] las disposiciones de esta Directiva «deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que están actualmente recogidos en la Carta», en concreto los derechos a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal que reconocen los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [...] Esta interpretación restrictiva supondría, en la práctica, un serio obstáculo, cuando no un impedimento para la efectividad de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, las normas convencionales internacionales y las propias normas internas, constitucionales y de rango legal y reglamentario, protegen frente al tratamiento automatizado de datos personales de carácter ilícito”.

¹⁰⁶⁹ *Id.* FJ 5.2- 5.9.

¹⁰⁷⁰ *Id.* FJ 5.8.

precisamente el factor tiempo. Así, aun existiendo un interés en dotar a la sociedad de información de relevancia pública y estando justificada (incluso legalmente establecida) inicialmente su difusión, y adicionalmente, tras el fenómeno de la digitalización, su indexación y puesta a disposición de aquellos que la buscan en la Red, con el paso del tiempo esta obviedad puede cambiar:

“un tratamiento de datos que es lícito inicialmente, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos” (énfasis nuestro)¹⁰⁷¹.

Así, el TS entendió que el derecho a la información permite la accesibilidad de la información en fuentes especializadas al efecto (por ejemplo, la versión digital del BOE o una página web oficial en la que se publican dichos indultos), pero ello no justificaría un tratamiento tan genérico y descontextualizado como el realizado por un motor de búsqueda, que funciona sobre la base de búsquedas y resultados inmediatos e ilimitados a partir del nombre de una persona. De tal forma que, transcurrido un plazo razonable de tiempo (más de 10 años desde la publicación inicial del indulto) y debido a las consecuencias negativas, para los derechos más personalísimos del interesado, del carácter potenciador y dinamizador de la información de la actividad automatizada de los motores de búsqueda, el TS considera que un derecho al olvido digital debe prosperar¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ *Id.* FJ 5.10

¹⁰⁷² *Id.* FJ 5.11-5.13 *in fine*: “el derecho a la información y el control de la actividad gubernamental justifica que esos datos puedan ser accesibles para una búsqueda específica, en la página web en la que se publican oficialmente los indultos, la del BOE, porque la posibilidad de investigar sobre la política de indultos llevada a cabo por el Gobierno, incluso en tiempos pasados, o comprobar si una persona que se presenta a un cargo público ha sido indultada en el pasado, reviste interés general y justifica la afectación de derechos de la persona indultada que supone tal posibilidad de búsqueda. Pero no está justificado un tratamiento como el que realiza Google, que supone que cada vez que alguien realiza una búsqueda con cualquier finalidad (elaboración de informes comerciales, selección para un puesto de trabajo, búsqueda

No son pocos los que aluden a una suerte de lucha jurisdiccional de titanes entre las Salas Primera y Tercera del TS. Lucas Murillo de la Cueva, por ejemplo, contrasta la jurisprudencia de la segunda (que califica de “gran rigor técnico y manifiesta corrección formal”) con aquella emanada de la primera (a la que reprocha atentar “a los conceptos legales” y fijar “su proyección material y se preocupa por la realidad efectiva del derecho”). Y es precisamente, esa divergencia hermenéutica¹⁰⁷³ la que dificulta decantarse por el criterio más correcto, aunque él parece ser de la idea de que, ante la duda, hay que seguir la línea del TC, en tanto en cuanto a la adopción de una interpretación basada en la efectividad de los derechos fundamentales¹⁰⁷⁴.

Cumple recordar aquí que existen ya varias sentencias que han reafirmado el criterio de esta última, basándose tanto en la jurisprudencia inicial europea como en su reciente plasmación española¹⁰⁷⁵. De hecho, a día de hoy, consideramos que ambas Salas han asumido que el motor de búsqueda realiza tratamientos automatizados de datos personales (al recoger, extraer, registrar, organizar, conservar y facilitarlos a sus usuarios en forma de listas estructuradas de resultados tras una búsqueda), y que ello le convierte en responsable del tratamiento, independientemente de que se trate de información previamente publicada en la Red, además de desempeñar un papel decisivo y diferente de la fuente inicial en la difusión universal e instantánea de dichos datos¹⁰⁷⁶. Por último, analizaremos la STS de 11 de enero de 2019¹⁰⁷⁷, que desestimó el recurso de casación

por clientes, conocidos o familiares del teléfono o de la dirección de una persona, simple cotilleo, etc.) aparezca entre los primeros enlaces el que informa sobre los hechos delictivos que cometió una persona en un pasado lejano, aunque sea indirectamente, a través de la información sobre el indulto que le fue concedido[...]. Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos”.

¹⁰⁷³ De Pizzo por ejemplo, recalca el problema que ello supone para el interesado, pues solicitar la tutela de su derecho al olvido quizás tenga resultados diferentes en función de la sede judicial; entendemos que aludiendo a una suerte de *forum shopping* dentro de la jurisdicción española. Más sobre ello en DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital...op. cit.* pp. 197-198.

¹⁰⁷⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “El Tribunal Supremo...*op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁷⁵ Para un análisis exhaustivo de la vertiente inicial del TS, *vid.* DI PIZZO CHIACCHIO, A.: “Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso Google Spain: la interpretación de la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en la implementación del derecho al olvido digital”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 115, núm. 4, 2016, pp. 939-976; MURGA FERNÁNDEZ, J.P.: “La protección de datos y los motores de búsqueda...*op. cit.*, pp.191-199.

¹⁰⁷⁶ *Vid.*, como ejemplos, la STS (Sala de lo Civil) núm. 210/2016, de 5 de abril; y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 12/2019, de 11 de enero.

¹⁰⁷⁷ *Id.*

interpuesto por un motor de búsqueda contra la sentencia de la AN que reconoció el derecho al olvido a una persona cuyo nombre aparecía en los resultados de búsqueda asociados a unos hechos parcialmente inexactos recogidos en un periódico¹⁰⁷⁸. Resulta interesante subrayar que la interpretación del TS no sólo se basó en la jurisprudencia constitucional española y europea asentada en esta materia, sino que integró “la nueva legislación doméstica al respecto que, por primera, vez positiviza el derecho al olvido”¹⁰⁷⁹. Así, el TS reafirmó la doctrina de la AN en tanto en cuanto consideró que, si bien “*los proveedores de servicios de motor de búsqueda en internet ejercen lícitamente su actividad empresarial cuando ponen a disposición del público aplicaciones o herramientas de localización de información sobre personas físicas y ello está amparado por la libertad de información (en cuanto el derecho a recibir información veraz se extiende, en el contexto actual de desarrollo de la sociedad de información, al reconocimiento del derecho de los usuarios de internet a buscar información con otras personas y obtener resultados que ofrezcan un reflejo de las páginas web relacionadas)*”, ello no implica que estas no estén obligadas a “*preservar con la misma intensidad el derecho fundamental a la vida privada de las personas afectadas, impidiendo cualquier interferencia que pueda considerarse de ilegítima*”¹⁰⁸⁰.

Desde luego, su conclusión interpretativa también se extrae de la aplicación de criterios ya sobradamente explicados: el interesado no se trata de un personaje público, lo que “diluye en gran medida el interés público de la información difundida”, y el factor tiempo como atenuador de la trascendencia y actualidad de la noticia; todo ello efectuado a través de un examen de proporcionalidad. De tal forma que, en el examen de ponderación, desarrolló la doctrina de que las libertades informativas deben conciliarse con el derecho fundamental a la protección de datos, y por ende, con su garantía del derecho al olvido digital. Sancho López resume acertadamente “los elementos condicionantes”¹⁰⁸¹ a tener en cuenta en un juicio de conciliación entre las libertades informativas y el derecho al olvido: a saber, la naturaleza del sujeto, la veracidad de la información, el carácter público o privado de la información y el trascurso del tiempo. Resultan interesante las conclusiones hermenéuticas del TS sobre estos elementos: la acción de solicitar la supresión o la inaccesibilidad de determinada información personal,

¹⁰⁷⁸ En aquel caso, se trataba de una noticia referida a tres cazadores furtivos, aunque el interesado ya había demostrado no serlo.

¹⁰⁷⁹ SANCHO LÓPEZ, M.: “El derecho al olvido y el requisito de veracidad...*op.cit.*, p. 438.

¹⁰⁸⁰ *Id.* FJ 3.

¹⁰⁸¹ SANCHO LÓPEZ, M.: “El derecho al olvido y el requisito de veracidad...*op.cit.*, pp. 439-441.

y por ende, la limitación de las libertades informativas, deviene legítima cuando el interesado afectado no es personaje de relevancia pública, con independencia de la veracidad de la información (pues los datos personales se presumen ciertos), siempre y cuando los datos personales sean privados (o siendo públicos, su tratamiento ya no sea necesario para cumplir con fines relativos a la publicidad de la información, la seguridad jurídica o el derecho de acceso a la información administrativa), y cuando haya transcurrido un tiempo determinado que hace que esta información devenga innecesaria, inadecuada o irrelevante. El elemento temporal sigue jugando un papel esencial en el examen de ponderación, aunque, como también apunta Sancho López:

“el factor tiempo no es estable ni existen criterios unánimes respecto de cuántos días, meses o años son necesarios para que pueda justificarse la aplicación del derecho al olvido (encontramos criterios de lo más dispares en la jurisprudencia doméstica, que concede a los sujetos el derecho al olvido pasados 3, 20 o 50 años), pues por su propia naturaleza, necesita ponerse en relación con el conjunto de parámetros a tener en cuenta en el caso concreto, necesitando siempre de una ponderación precisa al supuesto de hecho”¹⁰⁸².

Ello supone que, en supuestos en los que información de carácter personal es objeto de difusión y de cuya localización, a través de motores de búsqueda en la Red, se encuentren datos inexactos o aquellos que afectan “en lo sustancial a la esencia de la noticia”, además produciendo una desvalorización injustificada de la imagen reputacional, implicará la legitimación de una acción, por parte de la persona afectada, en aras a remediar las lesiones a sus derechos fundamentales, a reclamar la eliminación de dichos enlaces en las listas de resultados del motor de búsqueda¹⁰⁸³. El TS lo resume haciendo hincapié en que la exigencia de tutelar el derecho a la información “no puede suponer vaciar de contenido la protección debida del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, así como el derecho a la protección”¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² *Id.*, p. 441.

¹⁰⁸³ *Id.*

¹⁰⁸⁴ *Id. in fine.*

C. Los apuntes recientes del TC

La garantía de los derechos fundamentales está encomendada, además de al Poder Judicial¹⁰⁸⁵, a un sistema tuitivo especial y extraordinario de naturaleza subsidiaria, a través del recurso de amparo ante el TC¹⁰⁸⁶ como medio que va más allá de la impugnación o defensa de cuestiones meramente de legalidad. Este último se configura como máximo intérprete constitucional, y, por ende, como el último garante, a nivel nacional, de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en nuestra Carta Magna; aunque este, a su vez, deba, por mandato constitucional (art. 10.2 CE), abrirse a los estándares internacionales en su labor interpretativa de los derechos fundamentales.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando el contenido del derecho fundamental a la protección de datos y muchos de sus fundamentos a lo largo de su labor hermenéutica considerándolo como un derecho relacionado con el concepto de intimidad pero cuyo ámbito excede con creces al mismo, otorgándole una naturaleza autónoma y entroncándolo directamente con la dignidad humana y el libre desarrollo personal¹⁰⁸⁷. De hecho, al igual que ha manifestado que la intimidad personal es requisito necesario para tener una “mínima calidad de vida”, lo mismo deberíamos decir de la intimidad informativa pues esta también garantiza

“al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. De suerte que el derecho fundamental [...] otorga a su titular cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice, pues corresponde a cada

¹⁰⁸⁵ Para un análisis de los más recientes desarrollos sobre la amplia aportación jurisprudencial, vid. LÓPEZ CALVO, J.: “Últimas resoluciones judiciales sobre el “derecho al olvido”. Sobre la inalterabilidad de las hemerotecas digitales”. *Diario La Ley*, núm. 20, Sección Ciberderecho, 2018.

¹⁰⁸⁶ Vid., en tal sentido, el art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

¹⁰⁸⁷ Vid., entre las sentencias ya citadas en el Capítulo I de este trabajo, la jurisprudencia originaria de las SSTC 254/1993 y 292/2000.

persona acotar el ámbito de intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno”¹⁰⁸⁸.

Accesoriamente, conviene recordar que el Tribunal Constitucional también ha garantizado, en el contexto de las resoluciones jurisdiccionales del propio tribunal, excepciones al principio de máxima difusión o publicidad íntegra, debido a la necesidad de ponderarlo con el derecho fundamental previsto en el art. 18.4 CE a través de un *“especial cuidado que muestra en no incluir en sus resoluciones ningún dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento y el correspondiente fallo”*, procediendo a la omisión de *“la identificación de determinadas personas que aparecían mencionadas en sus resoluciones, bien atendiendo a la garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales”*, bien atendiendo a la naturaleza o contenido de que la resolución *“incorpore, eventualmente, datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, supuesto en el cual sí operan, en plenitud, aquellas garantías constitucionales”*¹⁰⁸⁹.

En tal sentido, y a la vista del enfoque del presente trabajo, basado en los colectivos en situación de vulnerabilidad, cabe traer a colación también la decisión del Tribunal Constitucional de regular la exclusión de datos personales en la publicación de las resoluciones judiciales, estableciendo, por un lado, que este *“preservará de oficio el anonimato de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios y de las personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional”*, y por otro, que podrá excepcionar, de oficio o a instancia de parte, la exigencia constitucional de publicidad de sus resoluciones en lo relativo a los datos de identidad y situación personal de las partes intervinientes en el proceso cuando considere que prevalece los derechos personalísimos de la persona frente a otros intereses constitucionales¹⁰⁹⁰.

En lo atinente al anonimato y la conexión (que no equiparación) entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad, cabe traer a colación el pronunciamiento del TC: *“el art. 18.1 [...] garantiza [...] un derecho al secreto, a ser desconocido, a que*

¹⁰⁸⁸ STC 7/2014, de 27 de enero (FJ 3 *in fine*).

¹⁰⁸⁹ *Vid.*, por todas, la STC 114/2006 de 5 de abril, en la que se mencionan el menor como sujeto sometido a una especial tutela, y la STC 132/2016, de 18 de julio de 2016, en la que se menciona la persona discapacitada como sujeto sometido a una especial protección.

¹⁰⁹⁰ Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales. Disponible en el BOE núm. 178, de 27 de julio de 2015.

los demás no sepan qué somos o lo que hacemos”¹⁰⁹¹. Este razonamiento por parte de nuestro máximo intérprete nos lleva a resaltar dos cuestiones íntimamente ligadas a la misma. Primero, como veremos en el *Capítulo IV*, este posicionamiento parece acercarse al *privacy* americano (concebido como un derecho a ser dejado en paz o derecho a decidir qué información queda reservada o mantenida al margen del conocimiento de terceros). El equivalente español del *privacy* americano sería el derecho fundamental a la intimidad, lo que significaría que el TC considera parte del contenido esencial de este derecho la posibilidad de mantener cierta información inaccesible a terceros (lo que también se acerca al presupuesto del derecho al olvido). Segundo, esta interpretación del art. 18 CE también podría llevar a justificar un derecho intermedio entre el derecho a la protección de datos (y su concretización a través del derecho al olvido) y el derecho a la intimidad, denominado “derecho al anonimato en la Red”¹⁰⁹²; aunque nosotros lo vincularíamos como parte del derecho al olvido en su faceta de derecho a la re-contextualización digital.

Volviendo al asunto que nos ocupa, el Tribunal Constitucional se ha manifestado, por primera vez, sobre el derecho al olvido en su STC 58/2018, de 4 de junio¹⁰⁹³, fuertemente aplaudida por los medios¹⁰⁹⁴ y los estudiosos de la materia¹⁰⁹⁵. De hecho, la propia nota de prensa del TC resume los hechos y la necesidad de amparo de la siguiente manera:

¹⁰⁹¹ STC 144/1999, de 22 de julio (FJ 8).

¹⁰⁹² Así lo ha concebido Orza Linares como un derecho que va más allá del ámbito de las telecomunicaciones, adentrándose, como nuevo derecho fundamental en el ámbito de la Red de Internet. Vid., ORZA LINARES, R.; “El derecho al anonimato en la red”, *TELOS*, núm. 89 (octubre-diciembre) 2011, pp. 24-33; y ORZA LINARES, R.M.: “Derechos fundamentales e Internet: nuevos problemas, nuevos retos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18 (julio-diciembre), 2012, p. 294: “la salvaguardia de un cierto anonimato en la navegación por internet puede suponer una importante protección de la libertad de la persona. [...] una importante salvaguarda de la identidad propia”.

¹⁰⁹³ Relativa a la estimación de un recurso de amparo interpuesto por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos en la era de la transformación digital, al aparecer los nombres y apellidos de los interesados en los buscadores de hemerotecas digitales y la exigencia de un derecho al olvido entendido como derecho de supresión de datos de carácter personal relativos a unas condenas de hace más de 30 años. Precisamente este amparo se elevó en virtud del procedimiento desestimatorio de la ya estudiada STS de 15 de octubre de 2015, o lo que han llamado algunos la “saga judicial” de este año. Vid. SORIANO GARCÍA, J.E.: “El presente del derecho al olvido”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 78, 2018, p. 11.

¹⁰⁹⁴ Vid., por todas, RINCÓN, R.: “El Constitucional extiende el derecho al olvido a las hemerotecas digitales”, *El País*, 26-06-2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/06/26/actualidad/1530007122_707929.html ; y EUROPAPRESS: “Primera sentencia del TC sobre 'derecho al olvido': buscar con nombres propios en hemeroteca digital vulnera derechos”, *Europapress-España*, 26-06-2018. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-primera-sentencia-tc-derecho-olvido-buscar-nombres-proprios-hemeroteca-digital-vulnera-derechos-20180626114815.html>

¹⁰⁹⁵ Incluso llamando al TC innovador y calificando su sentencia de “transformadora”. Vid. SORIANO GARCÍA, J.E.: “El presente del derecho al olvido...*op.cit.*”, p. 8.

“El Tribunal estima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2015, que reconoció el derecho al olvido digital de personas procesadas por implicación en un caso de tráfico y consumo de drogas en los años ochenta. La Sala Civil rechazó la procedencia de eliminar los nombres y apellidos de la información recogida en la hemeroteca o que los datos personales contenidos en la información no puedan ser indexados por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca, pues consideró que estas medidas suponían una restricción excesiva de la libertad de información vinculada a la existencia de las hemerotecas digitales”¹⁰⁹⁶.

Además, cabe hacer especial alusión al fenómeno de *constitucionalización* del Derecho de la UE, en tanto en cuanto el TC ya no sólo basa su fundamentación jurídica en los instrumentos aplicables clásicos, sino que se estrena citando, por primera vez, el nuevo marco regulatorio europeo –el RGPD- y los incipientes vectores del desarrollo de los derechos fundamentales en juego en el Viejo Continente como son los parámetros jurisdiccionales europeos, tanto a nivel de la UE como los de la organización europea por excelencia, el Consejo de Europa, con la jurisprudencia del TEDH. Con todo, la importancia de este desarrollo constitucional no radica únicamente en el establecimiento de una nueva garantía para los derechos fundamentales en la era digital, sino también en que se ha expandido la concepción del derecho al olvido y que de esta ha venido un cambio de paradigma en la conciliación de derechos fundamentales en directo conflicto. Por ello, efectuaremos un análisis tripartito, comenzando por la definición de este derecho según el TC, su concepción dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, para finalmente comentar el examen de ponderación que realiza con respecto a las libertades informativas.

Primeramente, el TC concreta que el derecho al olvido se debe entender tal cual lo concibe el art. 17 RGPD¹⁰⁹⁷. Hay que destacar también que el TC confirma la estrecha

¹⁰⁹⁶ *Vid.*, en tal sentido, la Nota Informativa núm. 60/2018 de 25 de junio de 2018 titulada “El TC declara que utilizar nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en una hemeroteca digital puede vulnerar el ‘derecho al olvido’”. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_060/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2060-2018.pdf

¹⁰⁹⁷ STC 58/2018, de 4 de junio (FJ 5): como “*el derecho a obtener, sin dilación indebida, del responsable del tratamiento de los datos personales relativos a una persona, la supresión de esos datos, cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; cuando se retire el consentimiento en que se basó el tratamiento; cuando la persona interesada se oponga al tratamiento; cuando los datos se hayan tratado de forma ilícita; cuando se deba dar cumplimiento a una obligación*

vinculación entre el derecho al olvido y el derecho fundamental a la protección de datos calificándolo como “vertiente” del último, como “mecanismo de garantía para la preservación de los derechos” y como “derecho autónomo” de los restantes derechos personalísimos y de libertad¹⁰⁹⁸. Con respecto a la estrecha relación con el derecho fundamental de protección de datos, el TC dictamina que para ambos se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, entre los que se incluye decidir sobre la información personal que aparece en las hemerotecas digitales en la Red, concluyendo que *“por tanto, si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es, porque se integra entre ellas, el derecho al olvido”*¹⁰⁹⁹. De hecho, va más allá configurándolo, por analogía, como un derecho fundamental: *“[...]el derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental”*¹¹⁰⁰.

De esta última afirmación el TC prosigue para justificar que como tal, debe aplicársele el examen lógico de ponderación, buscando un cuidadoso equilibrio entre los derechos fundamentales en juego, a saber la protección de datos y las libertades de información (esto es, el derecho de los internautas a acceder a la información disponible en la red así como la libertad de los medios de comunicación a facilitar dicha información):

*“supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales [...] derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución”*¹¹⁰¹.

Reviste especial importancia el análisis que lleva a cabo el TC con respecto a esta conciliación, pues parte de la premisa de que el derecho de supresión choca con el “derecho a comunicar libremente información veraz” que pretende proteger la difusión de aquellos hechos noticiables por considerarse de relevancia pública o con interés

legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; o cuando los datos se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información”.

¹⁰⁹⁸ *Id.*

¹⁰⁹⁹ *Id.* FJ 5.

¹¹⁰⁰ *Id.* FJ 6

¹¹⁰¹ *Id.*

general “por las materias a que se refieren o por las personas que en ellos intervienen”¹¹⁰². Así, resulta ser no sólo un derecho fundamental sino garantía para la formación de una opinión pública libre, llegando a tener una posición prevalente, teniendo que ceder el derecho a la autodeterminación de datos personales, incluido el derecho al olvido, en determinados supuestos¹¹⁰³. Por supuesto, la identificación de tales casos se hará a partir del canon interpretativo habitual, que, con el reconocimiento del derecho al olvido, incluye indudablemente contemplar criterios tales como el paso del tiempo, el impacto desproporcionado del efecto expansivo sobre la capacidad e accesibilidad instantánea de la digitalización, la naturaleza de la información personal, el interés público en disponer de dicha información, el papel que desempeñe el afectado en el escenario público, enfatizando el TC que

*“en esta necesidad de equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa, es en la que hay que tener en cuenta el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación, y sobre la doble dimensión —estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora— de esa función”*¹¹⁰⁴.

De tal forma, el TC pone en duda la prevalencia de las libertades informativas cuando haya pasado un lapso de tiempo determinado, permitiéndose así, la supresión de esa información; pues la incidencia en el presente para el público general es baja, mientras que el constante recuerdo de hechos pasados que ya no corresponden con la realidad supone una incidencia grave para el libre desarrollo y dignidad de las personas implicadas. Así, el TC nos proporciona las pautas para llevar a cabo la ponderación de derechos en casos similares al que dio pie al amparo constitucional examinado. En primer lugar, cuando se valore el sacrificio requerido de un derecho para asegurar el disfrute adecuado del otro, hay que tener en cuenta el papel principal que juegan las hemerotecas digitales en el contexto actual de la sociedad de información, siendo *“conducentes al restablecimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de los datos personales las medidas tecnológicas tendentes a limitar adecuadamente la difusión de la noticia, que garanticen, en lo que sea conciliable con dicha regla, la integridad de la hemeroteca y su accesibilidad en general”*¹¹⁰⁵. Así, cuando se solicite un derecho al

¹¹⁰² *Id.*

¹¹⁰³ *Id.* FJ 7.

¹¹⁰⁴ *Id.* FJ 7 *in fine.*

¹¹⁰⁵ *Id.* FJ 8.

olvido frente a una hemeroteca digital, se considerará que esta solicitud es necesaria, proporcionada e idónea cuando su fin único es evitar mayor difusión a información gravemente lesiva e impedir “*un seguimiento ad personam del pasado de un determinado individuo, insistimos en ello, sin ninguna proyección pública*”, y dado que la desindexación o desvinculación de dicha noticia en base a datos personales “inequívocamente identificativos” no quebranta la función principal del medio de comunicación¹¹⁰⁶.

De hecho, el TC, citando la jurisprudencia consolidada del TEDH, nos recuerda que, por un lado, las herramientas digitales fundadas sobre la libertad de expresión y el derecho de información están dirigidas “*a garantizar la formación de una opinión pública plural, no a satisfacer la curiosidad individual y focalizada*”, y que, debido a que la noticia seguirá estando disponible y accesible a través de búsquedas más objetivas (limitándose exclusivamente una modalidad de acceso a la misma a través del nombre de la persona), ello hace que la limitación a las libertades informativas se considere una injerencia proporcionada¹¹⁰⁷. Por otro lado, sin embargo, el TC señala que esta sería medida suficiente para proteger los derechos personalísimos en la era digital, sin perjudicar de manera excesiva, las libertades de información, y que por tanto, no procedería la alegación de, además, suprimir el nombre y apellido o sustituirlos por las iniciales de la persona afectada en el código fuente de la página web donde se halla la noticia¹¹⁰⁸.

Con todo lo anterior, cerramos con dos conclusiones principales. En primer lugar, queda claro, pues, que los derechos fundamentales digitales operan en un plano diferente desde la transformación digital, y que, por ende, la modulación de las libertades

¹¹⁰⁶ *Id.*: “los motores de búsqueda internos de los sitios web cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia, y que esa función queda garantizada aunque se suprima la posibilidad de efectuar la búsqueda acudiendo al nombre y apellidos de las personas en cuestión, que no tienen relevancia pública alguna”. De tal forma que siempre se podrá hallar la noticia “mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo”.

¹¹⁰⁷ *Id.* FJ 8 *in fine*.

¹¹⁰⁸ *Id.*: “No merece la misma valoración la medida consistente en la supresión del nombre y apellidos o a la sustitución de éstos por sus iniciales en el código fuente de la página web que contiene la noticia. Una vez impedido el acceso a la noticia a través de la desindexación basada en el nombre propio de las personas recurrentes, la alteración de su contenido ya no resulta necesaria para satisfacer los derechos invocados por las personas recurrentes, pues la difusión de la noticia potencialmente vulneradora de éstos ha quedado reducida cuantitativa y cualitativamente, al desvincularla de las menciones de identidad de aquéllas. Esta limitación en la difusión de la noticia, que es lo que implica la protección de dichos derechos, se puede lograr sin necesidad de acordar su anonimización. Esta opción, que supondría una injerencia más intensa en la libertad de prensa que la simple limitación en la difusión, resulta por tanto innecesaria. Y, descartada la necesidad de la medida, huelga toda consideración en torno a la proporcionalidad en sentido estricto de la misma”.

informativas queda sujetas a nuevos criterios y límites, basados en salvaguardas necesarias para los derechos inherentes a la dignidad y al libre desarrollo personal en la era de la hiperinformación. En segundo lugar, la admisión a trámite y la subsiguiente interpretación a favor de los interesados y de su derecho al olvido digital muestra no sólo la necesidad de clarificar todo lo relativo al mandato constitucional integrado en el art. 18.4 CE, sino que, en lo que al reconocimiento de un derecho al olvido se refiere, queda sobradamente justificada su “especial trascendencia constitucional”¹¹⁰⁹ y su primacía en determinados supuestos, adquiriendo impronta constitucional para su tutela en la praxis jurisprudencial.

6.2. Garantías internacionales

Como ya apuntaban algunos autores, el siglo XX se caracterizó no sólo por positivizar y reforzar los derechos y libertades fundamentales, sino también por “representar el comienzo de un proceso creciente e imparable de internacionalización de las libertades públicas”¹¹¹⁰. Y es, precisamente, en este sentido, en el que debemos al menos citar, las garantías jurídicas que van más allá del ámbito nacional, pues se han tratado y se tratarán de manera específica a lo largo de este trabajo. Estas garantías son un elenco de instrumentos jurídico-procesales, procedimientos especiales y órganos de protección encargados de velar por el cumplimiento de las normas aplicables y compromisos aceptados por España, en su papel de Estado miembro de la UE, del CdE y actor comprometido más ampliamente con el sistema internacional (incluido el universal) de protección de los derechos humanos. Los tratados y tribunales del Viejo Continente europeo tuvieron una influencia decisiva en el desarrollo de la jurisprudencia española pro-derechos humanos, sobre todo en su incipiente evolución durante la transición democrática, siendo especialmente relevante los cánones interpretativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ Para dos estudios sólidos y recientes sobre esta cuestión constitucional-procesal, *vid.* BELADÍEZ ROJO, M.: “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional”, en *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2018, pp. 13-98; y ARROYO JIMÉNEZ, L.: “Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68, 2017, pp. 36-43.

¹¹¹⁰ DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

¹¹¹¹ Como nos recuerda Christiansen: “*The influence of international and regional norms is particularly strong in Spain, where the Constitutional Court has amplified their impact. In addition to using the Constitution’s article 10(2) command to interpret domestic constitutional rights in light of European Court*”

Este sistema, de manera muy resumida y en lo que atañe al continente europeo, se integra básicamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Carta Social Europea de 1961 (y su versión revisada de 1996), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (devenida vinculante con la vigencia del Tratado de Lisboa de 2007), y demás tratados, convenios, protocolos e instrumentos basados en los derechos humanos, todos ellos con sus correspondientes órganos, procedimientos y mecanismos de supervisión y tutela. Ya hemos analizado los relativos al ámbito de la UE, y, aunque no lo cubriremos en este trabajo, también cabe referenciar, en clave de complementariedad y sinergia, aquellos relativos al CdE, incluyendo, además de los instrumentos internacionales genéricos ya mencionados, los específicos o sectoriales europeos en materia de protección de datos (señaladamente el nuevo RGPD de la UE y el Convenio 108 (y 108+) del CdE).

Por lo demás, cabe hacer una pequeña reflexión sobre la extraterritorialidad de la normativa europea en materia de privacidad y protección de datos, pues consideramos que esta queda escudada por fuentes internacionales tales como el art. 17, en conjunción con el art. 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”, en adelante). Como mero apunte, es bien conocido que la privacidad y la protección de datos, por cuenta de la internacionalización del comercio y la transformación de las nuevas tecnologías, han adquirido naturaleza transnacional, o si se prefiere, han obtenido elementos de extranjería. El procesamiento y transferencia internacional de información, en general, y de datos personales, en particular, es una realidad insoslayable y sin fronteras. Sin embargo, la extraterritorialidad de la normativa europea en materia de privacidad y protección de datos queda respaldada por fuentes internacionales tales como el citado PIDCP y los principios inspirados en la costumbre internacional. Así, como se avanzaba, el art. 17 y el art. 2.1 del PIDCP¹¹¹² a través de una interpretación conjunta,

*of Human Rights’ case law, the tribunal applies European Convention rights with the force of domestic constitutional provisions, and has required lower Spanish courts to do the same”. Vid. CHRISTIANSEN, E.C.: “Forty Years from Fascism: Democratic Constitutionalism and the Spanish Model of National Transformation”, *Oregon Review of International Law*, Vol. 20, núm.1, 2018, p. 29.*

¹¹¹² El primer precepto reza “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. El segundo precepto reza: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

inducen a pensar, por un lado que el derecho a la protección contra injerencias en la privacidad o la información personal debe garantizarse independientemente de los orígenes geográficos de dichas injerencias, y por otro lado, que los Estados contratantes tienen la obligación de exigir su competencia judicial, en sentido amplio, cuando se trata de injerencias de los derechos de privacidad y protección de datos, de las personas situadas dentro de su jurisdicción¹¹¹³. Asimismo, podemos citar algunos de los principios de territorialidad en lo que se refiere a la jurisdicción según la costumbre internacional¹¹¹⁴, así como la archiconocida doctrina de los efectos¹¹¹⁵, pues revelan la necesidad de proteger, al menos en cuanto a la elección de la sede judicial, a aquellos que sufren los efectos de una práctica concreta, independientemente del territorio donde se origine. De este modo, cabe traer a colación, el principio de territorialidad objetiva (con un enfoque en la ubicación del equipo de tratamiento de los datos¹¹¹⁶), el principio de nacionalidad o personalidad pasiva (entendido como la jurisdicción de la nacionalidad del interesado afectado que suele coincidir con su lugar de residencia¹¹¹⁷) y la doctrina de los efectos (entendida como los efectos nefastos de la actuación en un país tercero del tratamiento de datos de carácter personal, independientemente de la existencia de un nexo directo¹¹¹⁸).

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹¹³ Más sobre estos temas, y paralelismos con otros derechos humanos se pueden encontrar en SVANTESSON, D.: “Fundamental Policy Considerations for the Regulation of Internet Cross-Border Privacy Issues”, *Policy and the Internet*, Vol. 3, núm. 3, 2011; así como en GIBNEY, M. y SKOGLY, S. (Eds): *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010; y en DE SCHUTTER, O., EIDE, A., KHALFAN, A., ORELLANA, M., SALOMON, M., y SEIDERMANF, I.: “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 2012, pp. 1084-1169.

¹¹¹⁴ Para un análisis más detallado, *vid.*, MILLER, S.F.: “Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity: The Need to Define and Establish the Boundaries of Cyberliberty”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, núm. 2, 2003, pp. 227-254; RYNGAERT, C.: *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; TALMON, S.: “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion” *European Journal of International Law*, Vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 417-443; y OPEN UNIVERSITY: *Exploring the boundaries of international law*, The Open University, Escocia, 2016, pp. 20-27.

¹¹¹⁵ Con el análisis pionero de GERBER, D.J.: “Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, 1984, pp. 185-190.

¹¹¹⁶ Este enfoque, según Kuner, es el adoptado por el TJUE en la interpretación del art. 4 de la Directiva de protección de datos, pues se basa en la realización de un acto. *Vid.*, KUNER, C.: “Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet” *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 18, 2010, pp. 188-191. De similar manera lo confirma MOEREL, L.: “The Long Arm of EU Data Protection Law: Does the Data Protection Directive Apply to Processing of Personal Data of EU Citizens by Websites Worldwide?”, *International Data Privacy Law*, Vol. 1, núm. 2, 2011, pp. 28-29.

¹¹¹⁷ SVANTESSON, D.: “The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and its Practical Effect on U.S. Businesses”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 50, núm. 1, 2014, pp. 84-85.

¹¹¹⁸ *Id.*, pp. 85-86; y SVANTESSON, D.: *Private International Law and The Internet*, Wolters Kluwer Internacional, Dordrecht, 2016.

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO IV: ESTUDIO COMPARADO DE LA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE SOBRE LA REGULACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO AL OLVIDO.

En la disciplina del Derecho Constitucional resulta imprescindible el uso del Derecho comparado¹¹¹⁹, ya no sólo por su aportación a la mejora normativa sino también, y sobre todo, judicial. La influencia, inspiración o directamente extracción de las técnicas normativas y criterios jurisprudenciales de ordenamientos y tribunales prestigiosos resulta ser una metodología útil para sistematizar y perfeccionar el ordenamiento jurídico, y en especial, su sistema de protección de los derechos fundamentales. El conocimiento del Derecho comparado es, sin lugar a dudas, en el contexto general de la globalización, y, en el contexto particular de una Red sin fronteras, útil cuando no indispensable para juristas y demás profesionales del Derecho. Su importancia no sólo se basa en lo relativo a la adopción de normas sino también en la interpretación de las mismas bajo estándares más elevados de protección. El enfoque comparado en la interpretación jurídica, y por ende en la constitucional, es comúnmente adoptado por los órganos legitimados para crear e interpretar el Derecho con el fin de armonizar o resolver conflictos jurídicos, respectivamente.

El estudio de un ordenamiento jurídico interrelacionado, que no yuxtapuesto al nuestro ayuda a esclarecer no sólo las diferencias y similitudes propiamente jurídicas, sino también socio-culturales, pues el Derecho no es más que el conjunto de normas que organizan y regulan la sociedad, variando, por ende, cada ordenamiento jurídico en función la sociedad que lo engloba¹¹²⁰. Puesto que la regulación, en clave comparada, del derecho al olvido ya se ha estudiado en el contexto europeo, latinoamericano y asiático¹¹²¹, nos hemos decantado por un análisis exhaustivo de su materialización en el ordenamiento estadounidense.

¹¹¹⁹ No hace falta más que citar los trabajos y reflexiones de Vergottini, Torres del Moral, o más recientemente Tenorio Sánchez. *Vid.*, en tal sentido, VERGOTTINI, G.: *Más allá del diálogo...op.cit.*, p. 209; TORRES DEL MORAL, A.: “Principios de Derecho Constitucional...op.cit.”, p. 125; y TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, p. 278.

¹¹²⁰ “It is not enough simply to compare words on the page. Law sits within a culture. Law both drives and is influenced by the culture [...] So we must look beneath the law as written formally in text. We need to excavate the underlying structure of law to understand better what the law really is and how it actually functions within a society”. *Vid.* EBERLE, E.J.: “The Method and Role of Comparative Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 8, núm 3, 2009, p. 452.

¹¹²¹ La obra más reciente al respect la pueden encontrar en WERRO, F. (Ed.), *The Right To Be Forgotten. A Comparative Study of the Emergent Right's Evolution and Application in Europe, the Americas and Asia*

Esta decisión tiene su justificación en razones diversas. Primeramente, desde un punto de vista puro de la disciplina del Derecho Constitucional, resulta de lo más interesante estudiar dos modelos tan divergentes; no sólo por cuestiones relativas al marco institucional y funcional de sus correspondientes tribunales supremos (el *Supreme Court of the United States* tanto con una función doble, como tribunal supremo de apelación y como tribunal constitucional, frente al Tribunal Constitucional de España como órgano jurisdiccional fuera del marco judicial ordinario con la estricta función de interpretar el texto constitucional y de velar por los derechos consagrados en este)¹¹²², sino también cómo estos modelos contrapuestos afectan a la configuración constitucional de los derechos digitales emergentes estudiados.

Al mismo tiempo, el componente de comparación jurídica con el sistema estadounidense resulta no sólo de gran relevancia sino necesario, puesto que los riesgos para la privacidad europea tienen su origen fundamentalmente en empresas norteamericanas con filiales en Europa; también porque la protección de datos no goza de específica tutela constitucional en ese ordenamiento jurídico y por los problemas inherentes a la globalización y el intercambio internacional de datos y la naturaleza extraterritorial y universal de la Red. Además, la tradición jurídica de los EE. UU. no profesa los valores de la Unión Europea con respecto a la privacidad, y por ello mismo, el comercio digital (europeo), impulsado por las multinacionales americanas, pero basado en políticas de pro-privacidad, se ve como mercado digital que debe lidiar con dos valores en conflicto y con la dicotomía privacidad-poder sobre la recopilación, almacenamiento e intercambio de la información, en particular la personal¹¹²³. Lo anterior, no obstante, no está exento de confusión si tenemos en cuenta dos reflexiones. Primero, que entre estas dos grandes potencias “también existen puntos en común”, sobre todo, como veremos a lo largo de este capítulo, en lo atinente al surgimiento, en ambos lugares “prácticamente al mismo tiempo” de ideas relativas a la protección de la intimidad, la vida privada y la protección de datos personales frente a las libertades informativas y sus herramientas de

(Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law Vol. 40), Springer, Springer, Cham, 2020. Igualmente, para un análisis de la regulación del derecho al olvido desde otro ordenamiento propio del *common law* pero más cercano al sistema continental europeo en materia de protección de datos, como es el británico, *vid.* SANCHO LÓPEZ, M.: *El derecho al olvido en el big data...op.cit.*, pp. 105-272.

¹¹²² *Vid.* CHRISTIANSEN, E.C.: “Forty Years from Fascism: Democratic Constitutionalism and the Spanish Model of National Transformation”, *Oregon Review of International Law*, Vol. 20, núm.1, 2018, p. 55.

¹¹²³ MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten’: A Comparison of U.S. and E.U. Laws Concerning Social Media Privacy”, *Romanian Journal of Communication and Public Relations*, Vol. 16, núm. 3, 2016, p. 50

difusión¹¹²⁴. Y, segundo, que el derecho a la privacidad por el que tanto abogamos en Europa es, a fin de cuentas, un “derecho de matriz norteamericana”¹¹²⁵.

A esto se le añade lo que ya ha llegado a denominarse el “efecto bruselense”¹¹²⁶ y que nosotros preferimos llamar la *internacionalización* del Derecho europeo, o para seguir con el símil, la *internacionalización* del Derecho de la UE; este no solo consiste en haber inspirado la técnica legislativa en multitud de terceros países sino, y sobre todo, en el impacto (positivo para los ciudadanos, aunque incómodo para terceros estados y empresas) de la normativa europea pro-privacidad y protección de los datos personales, exigiendo su cumplimiento a aquellos que operan u ofrecen sus servicios en el territorio europeo o a ciudadanos europeos¹¹²⁷.

Estas primeras aproximaciones nos permiten adelantar que, la consecuencia lógica de la disparidad de perspectiva entre las dos culturas jurídicas con respecto a la privacidad y a la protección de datos, es también la justificación principal de un entendimiento enfrentado sobre el derecho al olvido y su conciliación con otros intereses y bienes jurídicamente protegidos¹¹²⁸. Así, en el presente capítulo se examinarán no solo la concepción de la privacidad y la protección de datos en la tradición jurídica estadounidense, sino también la base normativa y jurisprudencial en esta materia, los problemas relativos a la aceptación de un derecho al olvido digital, y se propondrán los casos más prometedores para su reconocimiento y efectividad en la actualidad, todo ello desde la microcomparación y con especial énfasis, dado el enfoque de este trabajo, en el reconocimiento y protección de los derechos de los más vulnerables en la era digital.

¹¹²⁴ HUSTINX, P.: “Restaurar la confianza al otro lado del Atlántico”, TELOS, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, p. 1.

¹¹²⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ R.: “Tan lejos...*op.cit.*, p. 2.

¹¹²⁶ BRADFORD, A. “The Brussels Effect”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 107, núm. 1, 2012, pp. 1-68.

¹¹²⁷ MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten... *op.cit.*, p. 50.

¹¹²⁸ En tal perspectiva lo resumen Taddeo y Floridi: “[s]triking the correct balance between the two is not a simple matter. Things change, for example, depending on which side of the Atlantic one is. According to the European approach, privacy trumps freedom of speech; whereas the American view is that freedom of speech is preeminent with respect to privacy. Hence, defining the responsibilities of OSPs [online service providers] with respect to the right to be forgotten turns out to be quite problematic, as it involves the balancing of different fundamental rights as well as considering the debate on the national versus international governance of the Internet”. Vid. TADDEO, M. y FLORIDI, L.: “The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers”, *Science and Engineering Ethics*, Vol. 22, núm. 6, 2016, pp. 1575-1603.

1. La concepción de la privacidad en los Estados Unidos de América

La noción de privacidad, etimológicamente derivada del verbo *privare*, originalmente se entendía como algo a mantener aislado, algo oculto o no susceptible a la intrusión. Pese a ello, las diferentes sensibilidades jurídico-culturales han hecho que el modelo europeo de privacidad, recién estudiado, se base más bien en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, mientras que el estadounidense encuentra su justificación en la libertad¹¹²⁹. En efecto, el libre desarrollo de la cultura jurídica estadounidense se materializa en la protección de su externalización individual a través de la libertad de expresión, mientras que la cultura jurídica europea tiende a garantizarlo a través de la inviolabilidad de la dignidad y la protección y de aquellos derechos intrínsecamente arraigados a la personalidad (honor, reputación, intimidad y la vida privada y familiar). A primera vista, existen dos conjuntos de valores fundamentales distintos: un interés europeo en proteger la dignidad personal, amenazada principalmente por los medios de comunicación y un interés estadounidense en la libertad, amenazada principalmente por la acción gubernamental¹¹³⁰. Quizás por ello, en la tradición jurídica estadounidense la privacidad habitualmente se ha incluido dentro de una categoría específica: la libertad como autonomía¹¹³¹, entendida como libertad personal y a su vez, como escudo contra las intromisiones del Estado. De manera especial, se ha vinculado la privacidad no solo como la “santidad”, y una suerte de soberanía privada dentro de los propios muros, del hogar¹¹³², sino también de la libertad y seguridad personal. Así nos lo recalca Cohen al apuntar que la privacidad es una condición necesaria y fundamental para la libertad porque esta “*protege la subjetividad emergente y dinámica de los esfuerzos de actores comerciales y gubernamentales por mantener a los individuos y las comunidades fijos, transparentes y predecibles*” (traducción propia)¹¹³³.

¹¹²⁹ WHITMAN, J.Q.: “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, *Yale Law Journal*, Vol. 113, núm. 6, 2004, pp. 1161-1163.

¹¹³⁰ *Id.*, p. 1219

¹¹³¹ “La idea central de la libertad y la autonomía personal es permitir al individuo hacer lo que quiera, siempre que no dañe a otros ni vulnere sus derechos.”. Vid. SCOTT, C.E.: “The Five Conceptions of American Liberty”, *National Affairs*, núm. 36, 2018, p. 5. Disponible en: <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-five-conceptions-of-american-liberty> [15.09.2018].

¹¹³² Parafraseando *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886): Cualquier invasión por parte del gobierno de la santidad del hogar y de la vida privada afecta a la esencia misma de la libertad y seguridad constitucional. No es el simple hecho de tirar la puerta abajo o hurgar en los cajones lo que constituye la esencia del delito, sino la invasión de un derecho sagrado e inviolable no sólo a la propiedad privada sino a la libertad y seguridad personal. Lo que parecería que se acerca más al derecho europeo a la vida privada y familiar que a nuestro derecho a la intimidad y a la protección de datos.

¹¹³³ COHEN, J.E.: “What Privacy Is for”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, pp. 1904-1905.

La privacidad, como concepto jurídico notoriamente elástico, impreciso e indeterminado, si se prefiere “camaleónico”¹¹³⁴, sigue siendo una noción muy controvertida en los Estados Unidos; se trata de un concepto desprovisto de una definición comúnmente aceptada, dadas las diferentes interpretaciones de su significado¹¹³⁵ y alcance, así como por la debatida clasificación y estatus como un derecho constitucional¹¹³⁶ “no enumerado”, al no quedar explícitamente consagrado en la Magna Carta estadounidense¹¹³⁷. La falta de directrices por parte del texto constitucional a la hora de definirlo ha sido suplida por la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹³⁸ que ha ido reconociendo facetas de privacidad en los diferentes preceptos constitucionales. Por esto mismo, el derecho estadounidense no suele diferenciar entre intimidad, protección de datos y vida privada, englobándolo todo en el término *privacy*, lo que ha contribuido a un elenco de diversas instituciones jurídicas, entre las que se incluyen derechos constitucionales, prohibiciones, leyes federales y estatales, estatutos especiales, y, como manifestación propia de su ordenamiento y tradición jurídica¹¹³⁹, precedentes jurisprudenciales y acciones propias del derecho común.

¹¹³⁴ MURPHY, R.S.: “Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 84, 1996, p. 2381.

¹¹³⁵ Una excelente representación de la dificultad de definir y entender la privacidad nos la proporcionan DELANEY, H. y CAROLAN, E. en *The Right To Privacy. A Doctrinal and comparative analysis*, Thomson-RoundHall, Dublin, 2008, p. 4: “La privacidad es un valor tan complejo que, al estar enredado en dimensiones complejas y, en ocasiones, contradictorias se encuentra abarrotada de significados distintos, me desespera pensar si realmente podemos abordarlo [...] La privacidad es una noción notoriamente elástica y ambigua [...] [con] la capacidad para ser cualquier cosa para cualquier jurista [...] esta imprecisión y falta total de acuerdo con respecto a su definición y los valores sobre los que se basa promueve su curiosa protección jurídica” (traducción propia).

¹¹³⁶ PELTZ-STEELE, R.J.: “The New American Privacy”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2013, p. 368: “Worse from the American perspective, the rebutting privacy claim is not necessarily even an interest of constitutional magnitude”.

¹¹³⁷ Resulta interesante el comentario de SCHNEIER al justificar este hecho señalando que: “los artífices de la Constitución considerarían tan disparatado que la privacidad pudiera enfrentarse a asaltos constantes que nunca se les ocurrió consagrarla explícitamente. La privacidad era inherente a la grandeza de existir y su causa. Por supuesto, ser observado [...] se concebía como irrazonable [...] es intrínseco a la concepción de la libertad”. Vid. SCHNEIER, B.: “The Eternal Value of Privacy”, *Wired*, May 18, 2006 https://www.schneier.com/essays/archives/2006/05/the_eternal_value_of.html

¹¹³⁸ Para un análisis exhaustivo de la fluctuante jurisprudencia, vid. SALDAÑA, M. N.: “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 28, 2011, pp. 273-304.

¹¹³⁹ La formulación del derecho a la privacidad “adquiere una connotación caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, especialmente del Estado y los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía; sin embargo, la aproximación al concepto de privacidad en la cultura jurídica norteamericana ha dependido de factores sociológicos, culturales y temporales que han dificultado una definición unánimemente aceptada”. Vid. SALDAÑA, M.N.: “The Right To Privacy. La Génesis de la Protección de la Privacidad en el Sistema Constitucional Norteamericano: el Centenario Legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 85 (septiembre-diciembre), 2012, p. 200.

Algunos autores sostienen que la confusión vertida sobre el concepto de privacidad radica principalmente en la falta de distinción entre la noción descriptiva (o neutral) y la noción normativa de privacidad¹¹⁴⁰. Así, Gavison, considerada la máxima exponente de la defensa del concepto neutral de la privacidad, define esta como la medida o estado deseado de inaccesibilidad, a través de la información disponible, la atención prestada o la proximidad física¹¹⁴¹ de la persona. Esto parece sugerir que lo que Gavison plantea es una suerte de escala de la privacidad, que depende directamente de cuánto saben terceros sobre uno mismo, frente a cuánto sigue en secreto, o en qué medida uno es anónimo o clausurado o, por el contrario, observado por los demás. Otros autores han rechazado tanto esta concepción como la necesidad de realizar este tipo de distinción, dado que la noción normativa de privacidad ya lleva incorporada una base descriptiva y porque, al final, la problemática no debe basarse en disminuciones de la privacidad sino en intromisiones y vulneraciones¹¹⁴². Otros autores, en cambio, enfocan la dificultad de atribuirle a la privacidad una única definición a su concepción individualista¹¹⁴³ o comunitaria¹¹⁴⁴.

Pensadores políticos, juristas y académicos estadounidenses, desde tiempos inmemoriales, han ofrecido sus propias concepciones y categorías, creando una suerte de árbol genealógico de la privacidad¹¹⁴⁵. Warren y Brandeis, los padres fundadores de la privacidad en los EE. UU.¹¹⁴⁶, y referentes obligados en esta materia, inspirados por el Magistrado Cooley, y en línea con su concepción de privacidad, la definieron como el

¹¹⁴⁰ Para una defensa exhaustiva de esta distinción conceptual, vid. GAVISON, R.: "Privacy and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, Vol. 89, núm. 3, 1980, pp. 421-471; TAVANI, H.T., y MOOR, J.H., "Privacy Protection, Control Over Information, and Privacy-Enhancing Technologies", *Computers and Society*, Vol. 31, núm. 1, pp. 6-11.

¹¹⁴¹ GAVISON, R.: "Privacy and the Limits of Law... *op. cit.*", pp. 424-433: "(1) secrecy, which relates to the information known about a person; (2) anonymity, which has to do with the attention paid to a person; and (3) solitude, which relates to physical access to a person".

¹¹⁴² POST, R.C.: "The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort", *California Law Review*, Vol. 77, núm. 5, 1989, p. 969.

¹¹⁴³ *Vid.*, entre otros, WARREN, S.D., and BRANDEIS, L.D.: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, núm. 5, 1890, pp. 193-220; RICHARDS, N.M., y SOLOVE, D.J.: "Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality", *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2007, p. 129; y el asunto *Smith v. City of Artesia*, 772 P.2d 373 -N.M. Ct. App.- (1989), en el que se definió la privacidad como algo inherentemente personal y reconocedora de la soberanía del individuo.

¹¹⁴⁴ La privacidad como socialmente constituida se puede encontrar en los trabajos de COHEN, J. E.: "Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object", *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, p. 1428; POST, R.C.: "The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort", *California Law Review*, Vol. 77, 1989, p. 959; SCHWARTZ, P.M.: "Privacy and Democracy in Cyberspace", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, 1999, p. 1613; SIMITIS, S.: "Reviewing Privacy in an Information Society", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139, 1987, p. 709.

¹¹⁴⁵ MILLS, J.L.: "Introducción", en *Privacy. The Lost Right*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 6.

¹¹⁴⁶ Para un análisis exhaustivo, *vid.* BRATMAN, B.E.: "Brandeis and Warren's Right to Privacy and the Birth of the Right to Privacy", *Tennessee Law Review*, Vol. 69, 2002, pp. 623-650.

derecho a la soledad, a ser dejado en paz o el derecho a no ser molestado¹¹⁴⁷ (traduciéndolo la doctrina española como el derecho a ser anónimos¹¹⁴⁸). Warren y Brandeis lo definieron como un derecho básico y universal para defender la personalidad individual al decidir en qué medida los pensamientos, sentimientos y emociones son comunicados a terceras personas, o por el contrario son reservados y mantenidos al margen de su conocimiento¹¹⁴⁹: una suerte de derecho a controlar qué información personal debe mantenerse fuera del dominio público. Por ello, esta concepción de la privacidad ha llegado a catalogarse como uno de los intereses jurídicos más evidentes de las raíces históricas de este derecho: “*la privacidad estadounidense se fundamenta en la no divulgación de la información personal [...] Warren y Brandeis, en su icónico artículo, argumentaban que el derecho común de daños debía proteger un interés en la no divulgación de cierta información personal vergonzosa, a pesar de su veracidad*”¹¹⁵⁰. Prosser, “el arquitecto principal”¹¹⁵¹ de la normativa sobre privacidad, sintetiza la privacidad en sus famosas cuatro categorías de responsabilidad civil que se convirtieron en el derecho común de daños americano¹¹⁵²: *intrusion into a person’s seclusion* (intromisión en la reclusión), *publicity placing one in a false light* (distorsión de la imagen), *public disclosure of private facts* (difusión pública de hechos privados) y *appropriation of one’s name or likeness* (invasión de privacidad por apropiación)¹¹⁵³.

La intromisión en la reclusión hace referencia a la acción de responsabilidad civil por invadir (sea físicamente o de cualquier otra manera) un espacio privado con el fin de recolectar información personal. Esta acción civil requiere prueba de que la persona intencionalmente se inmiscuyó en el espacio privado de otra, y la consideración de esta invasión como altamente ofensiva para cualquier persona razonable. Como nos explica Abril, esta acción de responsabilidad civil se aplica básicamente a situaciones en las que

¹¹⁴⁷ WARREN, S.D., and BRANDEIS, L.D.: “The Right to Privacy...*op.cit.*”, pp. 193-220, en la misma línea que lo analiza el Magistrado Cooley con su “derecho a la completa inmunidad; a ser dejado en paz”: COOLEY, T.M.: *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, Chicago, Callaghan and Co., 1879, p. 29, y poco después, materializado en el asunto *Union Pacific Railway Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1981).

¹¹⁴⁸ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “La intimidad...*op. cit.*”, p. 66.

¹¹⁴⁹ WARREN, S.D., and BRANDEIS, L.D.: “The Right to Privacy...*op. cit.*”, pp. 214-215.

¹¹⁵⁰ KROTOSZYNSKI, R.J.: *Privacy Revisited. A Global Perspective on the Right to be Left Alone*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 16

¹¹⁵¹ RICHARDS, N.M., and SOLOVE, D.J.: “Prosser’s Privacy Law: A Mixed Legacy”, *California Law Review*, Vol. 98, 2010, p. 1893.

¹¹⁵² *Vid.* Restatement (Second) of Torts Sec. 652A (1977).

¹¹⁵³ PROSSER, W.L.: “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, núm. 3, 1960, pp. 383-389.

la información ha sido descubierta clandestinamente en un lugar privado¹¹⁵⁴. La distorsión de la imagen hace referencia a la acción de responsabilidad civil por los daños causados al dar una imagen falsa de una persona, de manera pública, atribuyéndole hechos que son inherentemente privados y que no reflejan plenamente la realidad actual o el presente. Este ilícito civil (*tort*) está estrechamente ligado a la acción por difamación pues se suele utilizar cuando el umbral probatorio no es suficiente para considerar que ha existido difamación, y puede activarse aunque la información sea veraz¹¹⁵⁵. La difusión pública de hechos privados, aunque similar a la acción por distorsión de la imagen, hace referencia a la difusión pública e injustificada de asuntos altamente ofensivos y privados. Estas tres acciones de responsabilidad civil se dirigen frente a medios intrusivos de recolección de información o de difusiones vergonzosas. Sin embargo, la cuarta acción de responsabilidad civil, aquella relativa a la invasión de la privacidad por apropiación, se dirige a aquellos que utilizan, sin autorización o consentimiento de su titular, su identidad (sea su nombre o su imagen), sobre todo para fines comerciales o lucrativos, vinculándose a la propiedad como bien jurídico protegido: *“el interés en la naturaleza del derecho a la propiedad y la intromisión en el mismo ocurre normalmente cuando el nombre de la persona o sus atributos son utilizados para publicitar un producto, aunque este ilícito civil no está estrictamente limitado a supuestos en los que existe una explotación comercial”*(traducción propia)¹¹⁵⁶. Con respecto a esto último, algunos autores diferencian dos maneras de entender esta acción: apropiación de la privacidad propiamente dicha y un supuesto derecho de publicidad¹¹⁵⁷, sugiriendo que el primero repara daños a la dignidad y el segundo repara daños “al bolsillo”¹¹⁵⁸. Volveremos a estas, como potenciales mecanismos de protección de un derecho al olvido estadounidense más adelante.

Cabe, además, apuntar la acción que añade McClurg a las categorías de Prosser, creando una acción por invasión pública de información privada, lo que ha catalogado, a

¹¹⁵⁴ ABRIL, P.S.: “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”, *InDret* 1/2014, p. 18.

¹¹⁵⁵ Pues, como expone Walker, cualquier hecho, aunque cierto, puede dar pie a una idea errónea de alguien, sobre todo sin su contexto: “puede mostrar a cualquiera de la peor forma posible”. *Vid.* WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten”, *Hastings Law Journal*, Vol. 64, núm. 1, 2012, p. 264.

¹¹⁵⁶ *Id.*

¹¹⁵⁷ MILLS, J.L.: *Privacy. The Lost Right...op. cit.*, Capítulo IV, p. 173.

¹¹⁵⁸ THOMAS MCCARTHY, J.: *The Rights of Publicity and Privacy*, Thomson Reuters/Westlaw, Vol. 1, 2018, 5: 64.

pesar de su aparente contradicción como “public privacy”¹¹⁵⁹, refutando la idea de que la privacidad no puede verse vulnerada en los espacios públicos. Efectivamente, en la línea de Gavison y teniendo en cuenta la naturaleza de la era de Internet, la cantidad de información accesible públicamente sobre una persona supone una pérdida de privacidad en un espacio público y abierto como es la Red, y hace ver la necesidad de ampliar las concepciones de la privacidad a otras facetas, como es la confidencialidad de cierta información y el deseo del anonimato en ciertos contextos; su posición queda resumida en su lema “*in obscurity, there is privacy*”¹¹⁶⁰. Gormley reconduce o agrupa las cuatro clasificaciones supracitadas de Prosser en una categoría llamada *tort privacy* (responsabilidad civil por invasión de la privacidad) y añade cuatro clasificaciones más sustentadas en las bases jurídicas constitucionales que protegen aspectos concretos de la privacidad: la privacidad de la ‘Cuarta Enmienda’, la privacidad de la ‘Primera Enmienda’, la privacidad relativa a la toma de decisiones fundamentales y la privacidad constitucional estatal¹¹⁶¹, respectivamente.

Otros autores han ampliado la noción de privacidad más allá de las supracitadas concepciones. Westin, por ejemplo, instaura una distinción entre esferas de privacidad (la soledad propia de un derecho a que se nos deje en paz, la vida privada y familiar, mantener el anonimato en público) y garantizar una discreción personal o limitar la información sobre uno mismo¹¹⁶². En esta última línea, Charles Fried concibe la privacidad no sólo como la ausencia de información que tienen terceros sobre uno, sino más bien como el control que tenemos sobre la información que nos concierne¹¹⁶³. De la misma forma, Froomkin define la privacidad como la capacidad o el poder de controlar la obtención, disposición y divulgación de información personal¹¹⁶⁴. Kang, por otro lado, prefiere concebir la privacidad en tres grupos: la relativa al espacio físico, la relativa a la toma de decisiones y la relativa a la información personal¹¹⁶⁵. Más recientemente se ha hecho alusión a la clasificación de la privacidad en su dimensión física y no física: “*un derecho*

¹¹⁵⁹ MCCLURG, A.J.: “Bringing Privacy Law Out of the Closet: A Tort Theory of Liability for Intrusions in Public Places”, *North Carolina Law Review*, Vol. 73, núm. 3, 1995, pp. 1055-1088.

¹¹⁶⁰ MCCLURG, A.J.: “Bringing Privacy Law Out of the Closet...*op.cit.*”, p. 1033.

¹¹⁶¹ GORMLEY, K.: “One Hundred Years of Privacy”, *Wisconsin Law Review*, 1992, pp. 1343-1431.

¹¹⁶² WESTIN, A.: *Privacy and Freedom*, New York, Athenum, 1967.

¹¹⁶³ FRIED, C.: “Privacy”, *The Yale Law Journal*, Vol. 77, núm. 3, 1968, p. 7.

¹¹⁶⁴ FROOMKIN, M.: “The Death of privacy?”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, p.1465.

¹¹⁶⁵ KANG, J.: “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, pp. 1202-1205. Así, habla del último grupo para hacer referencia “*information privacy concerns an individual’s control over the processing— i.e., the acquisition, disclosure, and use— of personal information*”.

a no ser visto o escuchado por otros, por ejemplo, implica un control del espacio físico, mientras que un derecho a guardarse información personal de la vista o del oído de otros, no (traducción propia)”¹¹⁶⁶. Resulta de especial interés también considerar el enfoque de Solove, puesto que él no hace referencia a categorías de la privacidad, sino que la clasifica en función de qué actividades pueden potencialmente interferir en la misma: recopilación, tratamiento, difusión de información, así como la intrusión o interferencia en la toma de decisiones sobre la base de una injerencia en asuntos privados¹¹⁶⁷.

Por añadidura, tanto Allen¹¹⁶⁸ como McThomas¹¹⁶⁹, han subrayado la necesidad de proteger aquello que posee o pertenece a la persona, por muy intangible que sea, diferenciando así entre la privacidad como libertad para tomar decisiones sobre la propia intimidad (*decisional privacy*) y otro tipo de privacidad como aquella que hace identificable a una persona (datos personales, imagen, etc.) o aquella que corresponde a una esfera física privada (el hogar). Con respecto a la privacidad informativa de Allen¹¹⁷⁰, basada en la inaccesibilidad¹¹⁷¹ a información personal se suman otros académicos, equiparándola a “la libertad frente al acceso no deseado”¹¹⁷² o el “interés por mantener cierta información personal secreta o hacerla inaccesible al público”¹¹⁷³. De hecho, Mills intenta esquematizar y resaltar, en un diagrama de Venn¹¹⁷⁴, que todas estas nociones de privacidad en realidad se superponen, dividiendo los círculos en información personal, autonomía, propiedad y espacio físico. Aunque este diagrama no tiene nada de básico, y si bien algunas de sus configuraciones son discutibles, Mills nos ofrece una herramienta útil para comprender la falta de una definición universalmente aceptada de privacidad y el conjunto fragmentario de marcos jurídicos sobre los que se basa este concepto en el

¹¹⁶⁶ KROTOSZYNSKI, R.J.: *Privacy Revisited...op.cit.*, p. 15.

¹¹⁶⁷ SOLOVE, D.J.: “A taxonomy of privacy” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, núm. 3, 2006, pp. 479-553; y más recientemente SOLOVE, D.J.: *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, pp. 101-170.

¹¹⁶⁸ ALLEN, A.L.: “Genetic Privacy: Emerging Concepts and Values”, en ROTHSETIN, M.A. (Ed) *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era Final Report*, 1997 y ALLEN, A.L.: “Coercing Privacy”, *William and Mary Law Review*, Vol. 40, núm. 3, 1999, Faculty Scholarship Paper, 803, pp. 723-757.

¹¹⁶⁹ MCTHOMAS, M.: *The Dual System of Privacy Rights in the United States*, New York, Routledge, 2013, pp. 1-12.

¹¹⁷⁰ ALLEN, A.L.: *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Rowan & Littlefield, Lanham, 1988.

¹¹⁷¹ GAVISON, R.: “Privacy and the Limits of Law... *op. cit.*”, pp. 421-433.

¹¹⁷² MOREHAM, N.: “Privacy in the Common Law: A Doctrinal and Theoretical Analysis” *Law Quarterly Review*, Vol. 121, 2005, pp. 628- 645.

¹¹⁷³ HARRIS, G.: “The privacy rights of minors in a digital age”, en LIND, N.S. y RANDKIN, E. (Eds): *Privacy in the Digital Age. 21st Century Challenges to the 4th Amendment*, Vol. 1, PRAEGER Santa Barbara, 2015, p. 135.

¹¹⁷⁴ MILLS, J.L.: *Privacy. The Lost Right...op. cit.*, Capítulo III, p. 14.

ordenamiento jurídico norteamericano. También la categorización de Mills ayuda a ver el vínculo entre la información personal, la autonomía y la propiedad, que son las bases jurídicas principales para la protección de datos personales en los Estados Unidos¹¹⁷⁵. Precisamente en esta línea se ha posicionado Nissenbaum, argumentado a favor de un derecho a la privacidad “no como un derecho al secreto [sobre uno mismo] ni como un derecho a controlar información personal propia, sino como un derecho a apropiarse del flujo de los datos personales”¹¹⁷⁶.

Dejando de lado el hecho de que esta noción ha demostrado estar orientada según el contexto, adquiriendo significados muy diferentes según la información recopilada o procesada, las partes involucradas y las perspectivas socioculturales¹¹⁷⁷, el enigma jurídico estadounidense sobre la protección de la privacidad surge por varias razones. En primer lugar, cabe recordar que la privacidad como tal no está expresamente consagrada en la Constitución de los Estados Unidos ni en ninguna de sus Enmiendas¹¹⁷⁸, lo que ha significado que su justificación jurídica haya sido extraída de una serie de principios y valores, y, por tanto, es esencialmente una creación jurisprudencial, como derecho que emana de (o, como el famoso Magistrado Douglas declaró, está en la sombra o “penumbra”¹¹⁷⁹ de) otras disposiciones constitucionales¹¹⁸⁰. En este sentido, la protección de la privacidad se puede extraer de la libertad de religión y asociación (primera

¹¹⁷⁵ De hecho, MCTHOMAS, *supra*, divide el tema controvertido de la privacidad en dos vertientes: *proprietary privacy* (basado en la propiedad privada) y *decisional privacy* (basado en la libertad individual).

¹¹⁷⁶ NISSENBAUM, H.: *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, Stanford-California, 2010, p. 127.

¹¹⁷⁷ Aquí también ha centrado sus investigaciones Nissenbaum. *Vid.* NISSEMBAUM, H.: “Privacy as Contextual Integrity”, *Washington Law Review*, Vol. 79, núm. 1, 2004, pp. 119-157; y NISSENBAUM, H.: *Privacy in Context...op.cit.*

¹¹⁷⁸ Los mecanismos de protección otorgada a la privacidad son escasos y de alcance muy limitado, pues solo se refieren a la libertad religiosa y de asociación (Primera Enmienda), la protección del hogar y las posesiones personales (Tercera y Cuarta Enmienda), así como la “privacidad”, enmascarada como libertad ideológica, de pensamiento y de conciencia (Quinta Enmienda). Las Enmiendas Novena y Decimocuarta serían útiles para reconocer otros derechos y libertades sustantivos que no se encuentran expresamente consagrados en la Constitución de los Estados Unidos.

¹¹⁷⁹ *Vid.* asunto *Grisworld v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), 481-486: “Las garantías específicas en la Declaración de Derechos tienen penumbras, formadas por prolongaciones de aquellas garantías que ayudan a darles vida y sustancia [...] varias garantías crean zonas de privacidad [...] privacidad de la vida [...] derechos penumbrales de privacidad y paz” (traducción propia).

¹¹⁸⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en relación con las expectativas razonables de privacidad fue de máxima importancia en la interpretación de la privacidad de la Cuarta Enmienda: en este sentido, *vid.* el asunto *Katz v. Estados Unidos*, 389 U.S. 347 (1967). Además, la protección de la privacidad emanada de las Enmiendas Novena y Decimocuarta, contra la intrusión estatal, fueron la base para la interpretación de este tribunal para reconocer la libertad y autonomía para tomar decisiones personales relacionadas con aspectos íntimos o privados de la vida, incluyendo principalmente aspectos reproductivos, sexuales y matrimoniales. En este sentido, *vid.* los asuntos de obligada referencia como *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) y *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

enmienda), de la protección del hogar y las posesiones personales (tercera y cuarta enmiendas), de la libertad de pensamiento, credo y el derecho a no declarar o a no autoincriminarse (quinta enmienda), y aquellos derechos y libertades no enumerados pero amparados por la novena y decimocuarta enmiendas, tradicionalmente interpretadas en relación con derechos procesales, la integridad corporal y la autonomía decisoria reproductiva. Lo que podemos extraer del núcleo de la jurisprudencia estadounidense sobre la privacidad, es decir, aquella relacionada con la libertad de tomar decisiones relacionadas con asuntos personales o privados, es el enfoque consistente en limitar la intervención estatal. Es decir, el enfoque estadounidense se constituye sobre la base incontestable de que los individuos son autónomos y concibe el papel del Derecho como aquel que establece límites al gobierno para asegurar una autonomía individual preexistente¹¹⁸¹.

El texto constitucional no extiende su protección a las relaciones horizontales o entre particulares¹¹⁸². Por consiguiente, el propio aparato constitucional generalmente impone restricciones únicamente a la acción estatal, y no a la de las entidades privadas, por lo que el tratamiento de información de carácter personal no está, a primera vista, sujeto a restricciones constitucionales¹¹⁸³. Así, en segundo lugar, categorizando el modelo

¹¹⁸¹ LINDSEY, D.: “An exploration of the Conceptual Basis of Privacy and the Implications for the Future of Australian Privacy Law”, *Melbourne University Law Review*, núm. 29, 2005, p. 131.

¹¹⁸² Para un análisis más profundo sobre la falta de protección constitucional estadounidense para las “horizontal-to-horizontal relations” y su explicación histórica, *vid.* STONE, G.R et al.: *Constitutional Law* 7ª ed., Wolters Kluwer Law and Business, Aspen, 2013 y MICHELMAN, F.I.: “The State Action Doctrine”, en AMAR, V.D. y TUSHNET, M.V. (Eds) *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 228, respectivamente.

¹¹⁸³ Desde esta perspectiva, en términos de Derecho comparado extranjero y continental europeo, contrasta el panorama estadounidense con la evolución de la doctrina alemana de la “Drittwirkung” [por ejemplo, DE VEGA GARÍA, P.: “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales : problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Derecho PUCP (Pontificia Universidad Católica del Perú): Revista de la Facultad de Derecho*, nº 46, 1992, pp. 357-375] y su extensión a otros ordenamientos europeos como el español (véase la ya clásica monografía de DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, o la más reciente de SARAZÁ JIMENA, R.: *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011) o en latinoamericanos como el colombiano [por ejemplo, ESTRADA, J.A.: “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en CARBONELL, M. (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, UNAM, México, 2002, pp. 267-296] o incluso a la praxis jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo, MIJNGOS GONZÁLEZ, J.: “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 583-608) del TEDH (por ejemplo, un trabajo ya clásico de DRZEMCZEWSKI, A.: “The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 26, Issue 2, 1979, pp. 163-181) o del TJUE (por ejemplo, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: “La eficacia entre particulares de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 361-386).

estadounidense como uno basado en un constitucionalismo negativo¹¹⁸⁴, también en su reconocimiento de derechos fundamentales, la Carta Magna de 1787 resulta ser una garante de derechos negativos¹¹⁸⁵ en tanto en cuanto se centra principalmente en un conjunto de limitaciones respecto al aparato estatal (la llamada doctrina de acción estatal¹¹⁸⁶) y la salvaguardia de derechos fundamentales en caso de intrusiones gubernamentales injustificadas. Por ello, en su consagración de derechos, generalmente no asigna deberes positivos para que el Estado los lleve a cabo, en aras de garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos, lo que se traduce en materia de privacidad en que el Estado no está obligado a protegerla¹¹⁸⁷, sino más bien a no excederse en caso de injerencia. En lo que respecta a la protección frente al tratamiento de datos personales sólo se extiende a aquella realizada por organismos o autoridades públicas (en virtud de la cláusula de acción estatal). A tal efecto, conviene señalar dos preceptos constitucionales especialmente relevantes en el caso de la llamada privacidad informativa: las enmiendas cuarta y decimocuarta. La cuarta protege a las personas contra la intrusión estatal desproporcional de aquella información privada que les concierne. La interpretación jurisprudencial de la segunda, conocida como la cláusula del proceso debido, ha reconocido un derecho general a la privacidad informativa¹¹⁸⁸. Fue precisamente en el asunto *Whalen v. Roe* cuando el Estado recopiló datos personales de carácter especialmente sensible (concretamente el uso de medicamentos recetados), que el Tribunal Supremo estadounidense, a pesar de concluir que, en aquel caso concreto, no se había vulnerado, de manera suficiente, un derecho protegido bajo la decimocuarta enmienda¹¹⁸⁹, sí que reconoció la necesidad de garantizar un derecho a la privacidad informativa:

¹¹⁸⁴ Sobre este punto, *vid.* BARBER, S.A.: “Constitutions in Exile: Is the Constitution a Charter of Negative Liberties or a Charter of Positive Benefits? Fallacies of Negative Constitutionalism”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2006, pp. 651-667 y

¹¹⁸⁵ *Vid.* *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203, 7th Cir. (1989) y *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

¹¹⁸⁶ SCHWARTZ, P.M., y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy Law*, Michie Law Publisher’s, Charlottesville, 1996, p. 32.

¹¹⁸⁷ SCHWARTZ, P.M., y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy... op. cit.*, p. 35.

¹¹⁸⁸ *Vid.* el asunto *Whalen v. Roe*, 429, US 589 (1977).

¹¹⁸⁹ Tras un análisis detallado, concluyen, en *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589, 603-604 (1977), que “*ni el impacto negativo inmediato ni potencial de la divulgación de la información identificada requerida del paciente, en la Ley de Sustancias Reguladas del Estado de Nueva York de 1972, sobre la reputación o el libre desarrollo de los pacientes para quienes los medicamentos de la Lista II están recetados por prescripción médica, es suficiente para constituir una intromisión de cualquier derecho o libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda*” (traducción propia).

“Una última observación sobre temas sobre los que no hemos decidido. No ignoramos la amenaza implícita a la privacidad en la acumulación de grandes cantidades de información personal en bases masivas de datos computarizados u otros archivos gubernamentales. La recaudación de impuestos, la distribución de las prestaciones de la seguridad social, la supervisión de la salud pública, la instrucción a nuestras Fuerzas Armadas y la aplicación de las leyes penales requieren la conservación ordenada de grandes cantidades de información, gran parte de la cual es personal por naturaleza, y su revelación puede tener consecuencias potencialmente vergonzosas o dañinas. El derecho a recopilar y utilizar dichos datos para fines públicos suele ir acompañado de una análoga obligación jurídica o regulatoria de evitar intrusiones o divulgaciones injustificadas. Reconociendo que, en algunas circunstancias, ese deber puede tener sus raíces en la Constitución, sin embargo, el ordenamiento jurídico del Estado de Nueva York y sus procedimientos administrativos de implementación evidencian una preocupación y garantías adecuadas para proteger la privacidad de la persona. Por lo tanto, no es necesario decidir, ni entraremos a valorar, cualquier pregunta que pueda ser formulada en relación con la divulgación injustificada, sea intencional o no, de datos privados acumulados o con la insuficiente seguridad de este tipo de datos en sistemas de almacenamiento”(traducción propia)¹¹⁹⁰.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que pareciera que el Tribunal Supremo estadounidense deja la puerta abierta a reconocer un derecho a la privacidad informativa, inmediatamente lo desglosa en dos facetas: aquella relativa a proteger los datos de carácter personal (divulgación y uso de información privada) y aquella relativa a la independencia en la toma de decisiones personales¹¹⁹¹. Este encasillamiento ha facilitado, en la práctica jurisprudencial, una jerarquía de la privacidad en beneficio de la segunda y en detrimento de la primera; todo lo cual se puede apreciar en la jurisprudencia anteriormente citada y en la que figura a continuación. Por añadidura, los avances informáticos y la subsiguiente generalización de los registros y bases de datos públicas reducen la protección de la privacidad informativa anclada en la cuarta y decimocuarta enmiendas, al ampliar las facultades de la acción estatal, reduciendo sus limitaciones

¹¹⁹⁰ Vid. el asunto *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 605-606 (1977).

¹¹⁹¹ *Id.* 599-600: “the cases sometimes characterized as protecting ‘privacy’ have in fact involved at least two different kinds of interests. One is the individual interest in avoiding disclosure of personal matters, and another is the interest in independence in making certain kinds of important decisions”.

básicamente al ámbito judicial y policial¹¹⁹². El derecho a la privacidad informativa americana, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto, evaluando el juez-intérprete estadounidense una serie de elementos para delimitar su triunfo, o ampliar su concepción a un “derecho limitado a la reclusión informativa” en sede judicial¹¹⁹³.

Del mismo modo, como apuntan Schwartz y Peifer, más de cuatro décadas después, la doctrina de *Whalen v. Roe* en general, y la existencia y el alcance de un derecho genérico a la privacidad informativa en particular, en EE. UU., siguen siendo inciertos y débiles¹¹⁹⁴. En efecto, los tribunales estadounidenses han reducido el alcance del derecho a la privacidad informativa a su mínima expresión, inclinando la balanza a su favor sólo en aquellos casos en los que el tratamiento de los datos personales, por parte de un organismo público, se haya hecho “sin un mandato legal expreso, sin un fin legítimo de proteger el orden público o un interés general reconocible”¹¹⁹⁵ o en los que se ha considerado que esa esfera concreta de privacidad es lo suficientemente fundamental, dado que, aparentemente, no todas son dignas de protección¹¹⁹⁶.

Cierta reticencia a esclarecer este derecho se confirma en las últimas líneas jurisprudenciales de su propio intérprete supremo. En el asunto *NASA v. Nelson*¹¹⁹⁷, por

¹¹⁹² SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, 2017, p. 133.

¹¹⁹³ SCHWARTZ, P.M., y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy... op. cit.*, pp. 79-84: “The nature of the statutory mandate requiring information collection [...] Potential for harm through future disclosures, including the damage that such disclosure will cause to the relationship in which the information was generated [...] Degree of the state’s need for access to the information [...] Adequacy of the safeguards to prevent unauthorized disclosures [...] Yet, judicial restriction of the *Whalen* nondisclosure interest only to fundamental rights creates just such a limited right to informational seclusion [...] The fourth circuit’s decision in *Walls v. City of Petersburg* (1990) provides a superb illustration of the limited utility of this interest”.

¹¹⁹⁴ SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law... *op.cit.*”, p. 134

¹¹⁹⁵ *Vid.*, por todos, el asunto *United States v. Westinghouse Elec. Corp.*, 638 F.2d 570, 578 (3d Cir. 1980). En este caso, el tribunal invocó la jurisprudencia asentada por *Whalen v. Roe* para sostener que existía un derecho constitucional a la privacidad en el contexto del almacenamiento y tratamiento de datos relativos al historial médico de los trabajadores por parte del empresario, aunque en el caso de que el empleador sea un organismo estatal, el interés a saber e investigar los peligros a la seguridad, higiene y salud de sus trabajadores era una razón de suficiente peso para permitir la comunicación y tratamiento de información personal sensible por parte del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

¹¹⁹⁶ *Vid.* el asunto *J.P. v. DeSanti*, 653 F.2d 1088, 1090 (6th Cir. 1981): “However, the fact that the Constitution protects several specific aspects of individual privacy does not mean that it protects all aspects of individual privacy. Nor is there indication in any of the above decisions of a constitutional right to nondisclosure [...] personal rights found in [the] guarantee of personal privacy must be limited to those which are ‘fundamental’ or ‘implicit in the concept of ordered liberty’ Respondent’s claim is far afield from [the privacy] line of decisions”.

¹¹⁹⁷ *Vid.* el asunto *National Aeronautics and Space Administration v. Nelson*, 562 U.S. 134, 138 (2011). Este versaba sobre una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la extensión de las verificaciones de antecedentes penales, tras la iniciativa antiterrorista de la administración Bush, ya no sólo a funcionarios públicos sino a contratados externos (como eran los científicos e ingenieros de los diferentes laboratorios e institutos que no estaban involucrados en actividades u operaciones secretas ni militares pero que

ejemplo, el Tribunal Supremo concluyó, de manera unánime, que la injerencia de este organismo estatal no vulneraba ningún derecho constitucional a la privacidad informativa, sin entrar a valorar en qué consistía concretamente este derecho¹¹⁹⁸. Es más, este escepticismo se ve claramente reflejado en los votos particulares de los Magistrados Scalia y Thomas¹¹⁹⁹. Además, también es bien conocida la reticencia de los tribunales estadounidenses, en aras de proteger la seguridad nacional, a limitar, de cualquier forma, la vigilancia electrónica estatal¹²⁰⁰, como se refleja claramente en asuntos como *Clapper v. Amnesty International*¹²⁰¹ o *Klayman v. Obama*¹²⁰²; la jurisprudencia sentada en ambos hace imposible, en la práctica, impugnar actividades de vigilancia masiva por parte de instituciones y organismos gubernamentales cuando estas se han mantenido suficientemente en secreto, anulando el derecho a la privacidad en estos casos.

En tercer lugar, la noción de privacidad parece entrar en conflicto directo con el arquetípico derecho estadounidense a la libertad de expresión, un derecho que sí está expresamente reconocido y protegido en la Carta Magna de los Estados Unidos, y, es más, como “Primera Enmienda” constituye un rasgo distintivo de la identidad constitucional estadounidense¹²⁰³, a la cabeza del listado en su carta de derechos. Esto ha conllevado una prevalencia de la libertad de expresión sobre la privacidad, bajo el

colaboraban con la Agencia Americana de Aeronáutica y del Espacio. Los demandantes consideraban que la verificación de sus antecedentes penales y la indagación de otras cuestiones privadas como el uso de medicamentos recetados, su situación económica o el asesoramiento psicológico previo (entre otros) era demasiado intrusiva, vulnerando su privacidad.

¹¹⁹⁸ “Asumimos, sin entrar a valorarlo en esta decisión, que la Constitución protege un derecho a la privacidad del tipo que se menciona en los asuntos *Whalen* y *Nixon*. Mantenemos, sin embargo, que las alegaciones sobre la acción estatal en relación con verificaciones de antecedentes penales en el presente caso no vulneran este derecho. Los intereses del Estado, como empleador, en el funcionamiento interno de sus trabajadores, frente a la protección federal contra la difusión pública de información personal [...] supera el interés de evitar la revelación de información privada supuestamente anclada en la Constitución según el asunto *Whalen* [...]” (traducción propia).

¹¹⁹⁹ “Treinta y tres años han pasado desde que este Tribunal sugirió, por primera vez, que este derecho podría existir. Ha pasado suficiente tiempo como para abandonar esta línea hitchcockiana de nuestra jurisprudencia” (traducción propia). Opinión a la cual se sumó el Magistrado Thomas.

¹²⁰⁰ WISCHMEYER, T.: “Faraway, So Close! –A Constitutional Perspective on Transatlantic Data Flow Regulation”, en KAISER, A.B., PETERSEN, N., y SAURER, J. (Eds): *The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law: The Obama Era and its Legacy*, Nomos-Routledge, Baden-Baden (Alemania), p. 197: “el tribunal ha eximido paulatinamente la vigilancia masiva electrónica estatal de un control constitucional permitiendo, por tanto, al gobierno menoscabar la protección existente de la privacidad informativa exigida por la cuarta enmienda”.

¹²⁰¹ Vid. el asunto *Clapper v. Amnesty International USA*, 568 U.S. 398 (2013).

¹²⁰² Vid. el asunto *Klayman v. Obama*, 800 F.2d 559 (D.C. Cir. 2015).

¹²⁰³ SCHAUER, F.: “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, p. 1794: “the First Amendment’s magnetism leads strategic actors to embrace it as easily as politicians embrace motherhood, the flag, and apple pie”.

paraguas de una interpretación favorable prácticamente automática de los tribunales¹²⁰⁴, defendiendo una libertad de expresión excepcionalmente fuerte¹²⁰⁵, optando por una disponibilidad ilimitada de información e ideas¹²⁰⁶, a pesar de posibles injerencias en la privacidad individual. Con tales mimbres, es de sobra conocida la famosa doctrina de las “preferred freedoms” o “libertades preferentes”, doctrina estadounidense que ha sido importada con controversia y discreta fortuna por la jurisprudencia constitucional española¹²⁰⁷. Ello explica por qué la doctrina mayoritaria estadounidense niega la posible configuración de un derecho al olvido en su ordenamiento jurídico por estar en directa contradicción con su jurisprudencia clásica relativa a la privacidad, que ha manifestado, sobre todo en sede suprema, que la información pública no puede retornar a su estado privado:

“En una serie de pronunciamientos, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que las historias veraces de interés periodístico están protegidas por la

¹²⁰⁴ En realidad, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha permitido muy pocas excepciones a la primera enmienda; no obstante lo anterior, sí que ha declarado que, en cualquier caso, no es un derecho absoluto y debe ser ponderado. En cuanto a las pocas excepciones que el Tribunal Supremo ha considerado para la todopoderosa libertad de expresión, y que por tanto ha concluido que son manifestaciones desprotegidas o menos protegidas de esta, incluyen, entre otros, cuando se trata de un peligro claro y presente para otros (*vid. asuntos Schenk v. Estados Unidos*, 249 US 47 (1919) o *Brandenburg v Ohio*, 395 US 444 (1969)); el uso de palabras belicosas (*vid. asuntos Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942) y *RAV v. City of St. Paul, Minnesota*, 505 US 377 (1992)); actos indecentes (*vid. asuntos Roth v. Estados Unidos*, 354 US 476 (1957) y *City of Erie v. Pap's AM* 529 US 277 (2000)); la pornografía infantil (*vid. asuntos New York v. Ferber* 458 US 747 (1982) y *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 535 US 234 (2002)); e incluso casos de difamación e injurias (*vid. asuntos New York Times v. Sullivan*, 376 US 254, 269 (1964)). Sin embargo, también ha aceptado actos extremos de libertad de expresión, protegiendo el derecho de los partidarios nazis a hablar públicamente y manifestarse (*vid. asunto National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 US 43, 44 (1977)) y el derecho a quemar la bandera estadounidense (*vid. asunto Texas v. Johnson*, 491 US 397, 418 (1989)). En lo que al carácter no absoluto de este derecho se refiere, *vid. el asunto Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 49 (1961).

¹²⁰⁵ SCHAUER, F.: “The exceptional First Amendment”, in IGNATIEFF, M. (Ed.), *American exceptionalism and human rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 29-56.

¹²⁰⁶ BYGRAVE, L. A.: *Data Privacy Law. An International Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2014 p.109.

¹²⁰⁷ Como bien ha advertido TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa”, en TENORIO SÁNCHEZ, P.J (Dir.): *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 101-136, especialmente pp. 135-136: “Solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el TC la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia. Pues bien, es preciso señalar que ya desde la STC 6/1981, de 16 de marzo, nuestro TC venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia, y que desde la STC 159/1986, de 16 de diciembre, el TC venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión. Sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia Sullivan a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 de enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución. Efectivamente, a partir de este momento, las reglas que rigen en materia de prueba, que entre nosotros serían el 24.2 CE y el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán desplazadas en la materia por los principios que sienta la jurisprudencia de nuestro TC”.

libertad de prensa, aunque posiblemente puedan causar vergüenza o cualquier otro daño a las personas, sujeto y objeto de dichas historias”¹²⁰⁸.

La opinión pública actual¹²⁰⁹ confirma el profundo y esencial valor que tiene la libertad de expresión en los Estados Unidos, lo que la convierte también en una de las piedras angulares de la tradición y la democracia estadounidenses¹²¹⁰ y libertad “central” de su constitucionalismo¹²¹¹. De hecho, no solo existe un examen de “control estricto”¹²¹² para restringir la libertad de expresión y para proteger el derecho de una persona a que la dejen en paz los demás¹²¹³, que técnicamente se regirá por las leyes de los diferentes estados, sino que, además, en el momento que cuestiones de privacidad afectan a la libertad de expresión, la restricción gubernamental se extiende a actores privados, para garantizar una protección efectiva de la libertad de expresión¹²¹⁴. Sin embargo, las acciones particulares relacionadas con invasiones a la privacidad tienden a abordarse en virtud del derecho común civil, con las acciones de responsabilidad civil previamente explicadas, si bien es cierto que no todos los estados han reconocido las cuatro¹²¹⁵ y existe escasa jurisprudencia a favor de la privacidad¹²¹⁶. Las no pocas preocupaciones sobre la

¹²⁰⁸ BENNET, S.C.: “The ‘Right to Be Forgotten’: Reconciling EU and US Perspectives”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 30, 2012, p. 170.

¹²⁰⁹ De acuerdo con el Informe de 2016 del Centro de Primera Enmienda, una abrumadora mayoría de estadounidenses (más del 85%) cree que proteger la libertad de expresión es más importante que la protección de otros derechos o libertades. Estadísticas disponibles en la página seis de este informe: http://www.newseuminstitute.org/wp-content/uploads/2016/06/FAC_SOFA16_report.pdf [21.08.2018].

¹²¹⁰ PATTERSON, J. W.: “Moral development and political thinking: The case of freedom of speech”, *The Western Political Quarterly*, Vol. 32, 1979, pp. 7-20, MOLNAR, P.: “Laws and policies – Enabling or withholding the development of the culture of constitutional democracy”, *International Journal of Politics Culture and Society*, Vol. 22, 2009, pp. 465-484; y Weinstein, J.: “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, *Virginia Law Review*, Vol. 97, núm. 3, 2011, pp. 491-514.

¹²¹¹ BALKIN, J. M.: “Information fiduciaries and the first amendment”, *University of California- Davis Law Review*, Vol. 49, núm. 4, 2016, p. 1185.

¹²¹² El denominado “strict scrutiny test”, utilizado para valorar si una ley vulnera el derecho fundamental a la libertad de expresión, según el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, desde el asunto *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996), se basa en dos criterios principales a examinar: (1) si la necesidad de la ley está justificada por un interés público imperioso y (2) si la misma está cuidadosa y estrictamente diseñada para alcanzar ese objetivo.

¹²¹³ Vid. asunto *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

¹²¹⁴ Vid. asuntos *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269 (1964) y *Denver Area Educational Consortium v. Federal Communications Commission*, 518 U.S. 727, 741 (1996). Desde el punto de vista del mercado de los datos, también resulta conveniente citar el asunto *Marketing Services, Inc. v. FTC*, 358 F.3d 1228, 1232-33 (10th Cir. 2004), en tanto en cuanto reconoció un interés público de proteger la privacidad de los consumidores y, por tanto, concluyendo que la restricción de ventas telefónicas no vulneraba la primera enmienda.

¹²¹⁵ Por ejemplo, en relación con el *false light tort*, solo Arizona, California, el Distrito de Columbia, Georgia, Illinois, Indiana, Michigan, Nueva Jersey, Ohio y Pennsylvania lo han reconocido, mientras que los otros estados se han mostrado escépticos debido a su similitud con la difamación (Florida y Washington) y otros lo han rechazado abiertamente (Massachusetts, Nueva York, Carolina del Norte, Texas y Virginia). Información disponible en: www.dmlp.org/book/export/html/1991 [16.09.2018].

¹²¹⁶ Por ejemplo, en el asunto *Manola v. Stevens*, un juez de Nueva York reconoció un derecho a la privacidad al dictar una orden conminatoria contra la publicación de una fotografía controvertida,

inmovible sombra de la primera enmienda son comprensibles¹²¹⁷. Y, no obstante ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE. UU. ha reducido las medidas para proteger diferentes aspectos de la privacidad a su expresión mínima, especialmente cuando se considera que existe un derecho (o interés) público a conocer la información¹²¹⁸. Las repercusiones jurídicas de la todopoderosa primera enmienda se discutirán más a fondo en el subapartado siguiente, cuando se analice el caso concreto del derecho al olvido digital.

En cuarto lugar, además de los impedimentos estrictamente constitucionales sobre la protección de la privacidad, se deben añadir los fuertes componentes políticos y económicos. Los gigantes tecnológicos más poderosos tienen sus orígenes en los Estados Unidos, tierra del libre mercado, y sus modelos comerciales se basan en la innovación digital y el progreso tecno-económico, en muchas ocasiones a expensas de la privacidad y la seguridad de la información personal de sus clientes, por lo que siempre han presionado ferozmente contra una legislación de privacidad fuerte¹²¹⁹. Los grupos de

inmodesta para la época, de una mujer que llevaba mallas. Vid. *Manola v. Stevens & Myers, Sup. Ct. N.Y. County* (1980), decisión judicial que no se llegó a publicar pero que citan WARREN, S.D., and BRANDEIS, L.D.: “The Right to Privacy... *op. cit.*, p. 195.

¹²¹⁷ Para aquellos que no son personajes públicos, pero que, por circunstancias ajenas a su control han devenido parte del discurso público han visto su privacidad anulada y el control sobre su identidad, a través de su información personal (sea su nombre, su imagen o información acerca de su salud sexual) distorsionada. Moreno Bobadilla, precisamente analizando el interés público como razón principal del imposible acomodamiento del derecho al olvido en los EE. UU, no cuenta la historia de una adolescente norteamericana que sufrió los tremendos efectos de la sobreprotegida libertad de expresión, el amparado interés periodístico y la difusión instantánea de contenidos vertidos en Internet por terceros, precisamente por su conexión (por equivocación), como presunta denunciante, con el jugador de baloncesto Kobe Bryant: “*Kobe Bryant fue acusado de un delito de violación, del que posteriormente fue absuelto. Pero durante los meses posteriores al incidente, varias páginas web identificaron, de forma errónea, a Katie como presunta víctima de dicho delito, incluyendo incluso la fotografía de la joven. Como consecuencia de la falsa información, y de vivir en una comunidad pequeña, la madre de Katie solicitó que se eliminase dicha información, alegando que: [...] when people think about Kobe’s accuser, I’m the face that everyone thinks of (...). I feel violated. I want it to be known that these pictures aren’t of the right girl, and I want them removed (Jennifer 8. Lee, NetUsers Try to Elude the Google Grasp, NY Times, July 25, 2002) [...] no todos los sitios web eliminaron la información, alegando algunos de ellos, que en la actualidad ya no existe la privacidad. Debido a la falta de mecanismos legales que existen en esta materia en Estados Unidos, Katie tuvo que padecer esta situación, que tal vez pueda seguir estigmatizándola para el resto de su vida [...] Este podría haber sido un buen punto de partida para comenzar a configurar un derecho al olvido digital dentro este país [...] Pero en Estados Unidos, a diferencia de Europa, el interés público de la información no desaparece con el paso del tiempo, por lo que las historias que sean verídicas siempre estarán protegidas por dicho concepto*”.

¹²¹⁸ Vid. asuntos *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269 (1964) y *Curtis Publishing Company v. Butts*, 388 U.S. 130, 162 (1967).

¹²¹⁹ Pensemos en la presión de la industria tecnológica ante el trámite y adopción de la Ley californiana para la privacidad del consumidor en junio de 2018 (“CCPA”, por sus siglas en inglés): la criticaron unánimemente (el proyecto de ley), y al no funcionar, presionaron para una menor intervención reglamentaria reemplazándola por una ley federal “más suave”. Además, los grupos en pro de la privacidad criticaron en su momento, y siguen criticando que su punto de vista no se esté tomando en consideración antes y durante la adopción de este tipo de decisiones que afectan a los usuarios: “incluso antes de hablar

interés han reconducido sus argumentos a los efectos económicos positivos de la tecnología que han desarrollado y tienen como objetivo proteger su propio sustento a través de la autorregulación. Como sostienen Schwartz y Peifer:

“el enfoque Americano ha intentado crear un ambiente regulatorio que promueva el crecimiento de las empresas tecnológicas. Como parte de este deseo, siempre se ha tenido una fuerte dependencia de la técnica de la auto-regulación de la industria y mercado” (traducción propia)¹²²⁰.

De hecho, aunque no estamos del todo de acuerdo, según algunos autores, esta es la razón de peso, en muchas ocasiones camuflada, del modelo americano de privacidad, tan distinto del europeo:

“el panorama incompleto y fragmentado de la privacidad en EEUU es menos una cuestión de valores culturales o de imperativos constitucionales que la presión de los intereses comerciales sobre un Congreso fragmentado y el uso de un sistema de financiación política permisivo. Este sistema ha permitido un importante mercado de datos personales, no tolerado en ninguna otra parte y un conjunto de actores corporativos que no quieren ceder su ventaja económica en aras de la privacidad” (traducción propia)¹²²¹.

Buena muestra de todo ello es la reflexión que hace Balkin, al confesar que la defensa de la Primera Enmienda ha mutado en tiempos recientes¹²²². Todas estas razones explican, de una manera u otra, por qué no existe un marco jurídico federal y exhaustivo, y, en su lugar, el ordenamiento jurídico estadounidense ha optado por un sistema fragmentado de leyes e instituciones federales y estatales así como de acciones civiles que protegen la privacidad en ciertos sectores, en determinadas materias y bajo condiciones muy concretas. El razonamiento parece inclinarse por satisfacer necesidades específicas no

de lo que debe estar sobre la mesa, debemos hablar de quién debe estar en la mesa”. En este sentido *vid.* ROTENBERG, M., citado por LAPOWSKY, I.: “What's Left for Congress to Ask Big Tech Firms? A Lot”, *Wired: Business*. Disponible en: <https://www.wired.com/story/congress-privacy-hearing-big-tech-questions/>.

¹²²⁰ SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law... *op. cit.*, p. 137.

¹²²¹ BENNETT, C.J.: “Distintos intentos por camuflar las ineptitudes de la protección de la privacidad estadounidense”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, p. 5.

¹²²² BALKIN, J. M.: “Information fiduciaries...*op. cit.*, pp. 1185-1186: “*These developments are part of a far larger trend in which the First Amendment has gradually been transformed into a bulwark of protection against business regulation [...] the First Amendment rights of speech, press, and association became the paradigmatic examples of constitutional liberty. Now [...] the First Amendment has become the most fertile source of constitutional defenses to business regulation*”.

controvertidas y no híper-regular un tema que tradicional y actualmente continúa siendo objeto de fuertes objeciones, o en cualquier caso, sigue siendo muy controvertido entre el público estadounidense. En fin, y en palabras de Bennett, que vuelve a exponer de forma brillante una síntesis del panorama examinado y pendiente de examinar:

“Estados Unidos ahora es la única democracia industrial avanzada que no ha aprobado un estatuto de protección de datos generalizado equivalente al modelo europeo y que se aplique a todo el sector privado. El enfoque estadounidense ha sido gradual, inconexo, reactivo y totalmente consistente con un estilo de política pluralista y un marco constitucional fragmentado. El sistema político estadounidense tiende a no hacer muy bien regulaciones generales y anticipadas y quizás nunca lo pretendiera”(traducción propia)¹²²³.

Aun así, once constituciones estatales de los Estados Unidos han incluido un derecho explícito a la privacidad¹²²⁴ y muchos otros lo han reconocido a través de leyes estatales y jurisprudencia ulterior. En un intento de resumir las leyes federales de los EE. UU. que protegen la privacidad, cabe hacer alusión, entre otras muchas¹²²⁵, a aquellas dirigidas a instituciones financieras¹²²⁶, proveedores de servicios¹²²⁷, instituciones sanitarias¹²²⁸, agencias de informes de consumidores¹²²⁹, proveedores de servicios de cintas de

¹²²³ BENNETT, C.J.: “Distintos intentos...*op.cit.*, p. 1.

¹²²⁴ Más concretamente, Alaska, Arizona, California, Florida, Hawái, Illinois, Luisiana, Montana, Hampshire del Sur, Carolina del Sur y Washington. Información disponible en: <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/privacy-protections-in-state-constitutions.aspx>

¹²²⁵ Para consultar la lista completa, *vid.* TURKINGTON, R.C., y ALLEN, A.L.: *Privacy Law. Cases and Materials*, St. Paul, West Group, 2ª ed., 2002, pp. 72-74; en la que incluyen también la Ley general de represión de la delincuencia y de seguridad en la vía pública de 1968 y la Ley del control de la delincuencia de 1973, entre otras.

¹²²⁶ Ley Gramm-Leach-Bliley de Modernización de los Servicios Financieros, de 1999 (“GLB”, por sus siglas en inglés).

¹²²⁷ La Ley de Protección de la Privacidad Online de los Niños de 1998 (“COPPA”, por sus siglas en inglés).

¹²²⁸ La Ley de Transferibilidad y Responsabilidad del Seguro Sanitario de 1996 (“HIPAA”, por sus siglas en inglés).

¹²²⁹ La Ley de Informes de Crédito Justos (“FCRA”, por sus siglas en inglés).

video¹²³⁰, instituciones escolares¹²³¹, piratas informáticos y usuarios no autorizados¹²³² y las dirigidas a agencias federales¹²³³ o entidades gubernamentales¹²³⁴.

2. Precedentes jurídicos estadounidenses de un derecho al olvido: ilustraciones iniciales de una autodeterminación y rehabilitación informativa

Aunque el emblemático artículo de Warren y Brandeis en el que se reconoció que el derecho a la privacidad es paradójicamente nada más que un derecho que permite *“la divulgación selectiva de la identidad personal –tanto pública como privada- y las esferas de intimidación que dicha divulgación crea o mantiene”*¹²³⁵ (lo que aludiría a gran parte del fundamento del derecho al olvido), existen autores que defienden que el verdadero origen de este derecho emergente en los Estados Unidos proviene de una de las supracitadas acciones de responsabilidad civil de derecho común (remontándose, por tanto, a 1977), concretamente aquella relativa a la difusión pública de hechos privados¹²³⁶. Recordemos que esta acción hace posible la protección de información privada o personal veraz, cuando se considere que su divulgación o revelación es sumamente ofensiva y cuyo conocimiento no se considera de interés público, potencialmente protegiendo parte del pasado de la persona a través de una restricción en el acceso de terceros a dicha información, que resulta estar todavía más justificada cuando ha pasado un periodo razonable de tiempo, *“pues una persona, que ha cambiado radicalmente de estilo de vida tras un incidente delictivo, puede ser más merecedora de algo de privacidad en aras a facilitar su rehabilitación”*¹²³⁷ haciendo necesario evitar su identificación con ese pasado lejano, lo que *“aparentemente incluye hacer inaccesible información, aunque*

¹²³⁰ La Ley de protección de la privacidad en vídeo de 1988 (“VPPA”, por sus siglas en inglés).

¹²³¹ La Ley sobre los Derechos de la Familia en Materia de Educación y Privacidad de 1974 (“FERPA”, por sus siglas en inglés).

¹²³² La Ley sobre el Fraude y Abuso de los ordenadores de 1986 (“CFAA”, por sus siglas en inglés).

¹²³³ La Ley de Privacidad de 1974 (“PACT”, por sus siglas en inglés). Esta ley sería la más cercana a una ley sobre la protección de los datos de carácter personal, aunque tiene un ámbito de aplicación territorial, material y personal limitado: regula, de manera integral, el tratamiento (recopilación, uso, retención e intercambio) de los datos personales de residentes permanentes y ciudadanos americanos por parte únicamente de departamentos y agencias nacionales.

¹²³⁴ La Ley sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas de 1986 (“ECPA”, por sus siglas en inglés).

¹²³⁵ KROTOSZYNSKI, R.J.: *Privacy Revisited...op.cit.*, p. 15.

¹²³⁶ GAJDA, A.: “Privacy, Press and the Right to be Forgotten in the United States”, *Washington Law Review*, Vol. 93, 2018, p. 207; GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age: Using Bankruptcy and Copyright Law as a Blueprint for Implementing the Right to be Forgotten in the U.S.”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 106, núm. 3, p. 916 (considera que complementa la sentencia *Google Spain* del TJUE) y WERRO, F.: “Right to inform vs. the Right to be Forgotten...op.cit.”, p. 292.

¹²³⁷ GAJDA, A.: “Privacy, Press and the Right to be Forgotten... op.cit.”, p. 207.

previamente fuera pública”¹²³⁸. Curiosamente, Gajda llama el lenguaje empleado en este código de acciones de responsabilidad civil “*Right to be Forgotten-like language*” y cita numerosos casos del siglo XIX que ilustran el verdadero nacimiento de un derecho al olvido estadounidense, a través de la protección de hechos o información relativos a la vida privada y a la intimidad en relación con un pasado vergonzoso¹²³⁹.

Ineludiblemente, por tanto, debemos también traer a colación la faceta de un derecho al olvido expuesta por Warren y Brandeis en su influyente trabajo “*The Right to Privacy*”, en tanto en cuanto no sólo hacen referencia explícita al derecho francés y su protección de la vida privada, sino que también reconocen que intromisiones en asuntos privados y en el pasado de la persona son invasiones de la intimidad, concluyendo que toda persona tiene un derecho inviolable a mantener cierta información o hechos de su pasado fuera del acceso del público en general¹²⁴⁰. En similar línea cabe recordar que la aproximación a la privacidad de Westin, en especial su dimensión de derecho a la discreción personal o a limitar la información sobre uno mismo, o en otras palabras como derecho a controlar los propios datos personales, podría también concebirse como de los primeros orígenes de un potencial fundamentación del derecho al olvido: “*The right to be forgotten is an idea based in a Westinian conception of privacy: that people and organizations should be permitted to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others*”¹²⁴¹.

Por una parte, la reputación juega también un papel importante, al menos en el entendimiento estadounidense sobre la propiedad y el interés social que tiene velar por la reputación: “*las personas le dedican mucho tiempo y esfuerzo a desarrollar y mantener una buena reputación. Existe un valor intrínseco en lo que otros piensan o dicen sobre uno mismo*”¹²⁴². George, precisamente en esta línea, cita el asunto *Rosenblat v. Baer*, en el que se consagra la reputación como valor subyacente en la protección otorgada por normativa contra la difamación¹²⁴³ al expresar el Tribunal Supremo que “*la sociedad tiene un interés notable y generalizado en prevenir y reparar los ataques contra la*

¹²³⁸ *Id.*

¹²³⁹ *Id.*, pp. 208-210.

¹²⁴⁰ WARREN, S.D., and BRANDEIS, L.D.: “The Right to Privacy”, *op. cit.*, p. 216

¹²⁴¹ MCNEALY, J.: “The Emerging Conflict Between Newsworthiness and the Right to be Forgotten”, *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 39, 2012, p. 121.

¹²⁴² GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*”, p. 930.

¹²⁴³ *Id.*

reputación”¹²⁴⁴. De esta manera, encontramos otra semilla de una suerte de derecho al olvido, esta vez extrapolable al contexto digital.

Si bien es cierto que el derecho norteamericano no cuenta con una justificación histórica para la eliminación del pasado de una persona, sea de la naturaleza que sea, y que históricamente se ha considerado el pasado y actos cuestionables del mismo como parte del dominio público, respaldando la idea de que en el choque de valores filosóficos entre las dos culturas jurídicas es donde se sustenta el problema del derecho al olvido¹²⁴⁵, también es cierto que existen numerosas instituciones históricas que han servido de excepción legítima a los supradichos cánones. Así, por otra parte, también se puede argumentar que los primeros brotes de un derecho al olvido (aunque tampoco digital) en los EE. UU. se encuentran tanto en las leyes federales como en las estatales, así como en la jurisprudencia en numerosas materias bajo las premisas del perdón y la rehabilitación. En primer lugar, vale la pena mencionar la institución jurídica del *pardon power* (pudiéndose considerar como indulto o como amnistía¹²⁴⁶) definida como “un acto de gracia”¹²⁴⁷. Sin entrar en detalles sobre la historia¹²⁴⁸ o los debates jurídicos que rodean la clemencia ejecutiva en los EE. UU.¹²⁴⁹, vale la pena destacar los criterios para otorgar

¹²⁴⁴ *Rosenblatt v. Baer* 383 U.S. 75, 86 (1966).

¹²⁴⁵ Así lo considera MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten...’ *op.cit.*, p. 54.

¹²⁴⁶ Lo que curiosamente proviene de la palabra griega *amnestia*, que significa precisamente el olvido. Aunque en la legislación estadounidense, la amnistía tiende a ser un perdón para un colectivo y no un individuo, se deriva de la misma lógica.

¹²⁴⁷ “*procedente del poder confiado a la ejecución de las leyes, que exceptúa a la persona, a quien se le otorga, del castigo que la ley impone por la comisión de un delito*” (traducción propia) (*United States v. Wilson*, 21 U.S. 150, 160-161 (1833)). Este poder es ejercido por el Presidente (según el Art. II, sec.2 de la Constitución de los EE. UU.) para condenas impuestas en virtud de la ley federal, o en algunos casos, por el Gobernador de un estado para condenas impuestas en virtud de la ley penal estatal.

¹²⁴⁸ En este sentido, *vid.* BARNET, J.: “The Grounds of Pardon”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 17, núm. 4, 1927, pp. 490-530; DUKER, W.F.: “The President's Power to Pardon: A Constitutional History”, *William and Mary Law Review*, Vol. 18, núm. 3, 1977, pp. 475-538; INGRAM, S.: “Presidents, Politics and Pardons: Washington’s Original (Mis?) Use of the Pardon Power”, *Wake Forest Journal of Law and Policy*, Vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 259-318; CROUCH, J.: *The Presidential Pardon Power*, Lawrence, Kansas University Press, 2009; y CROUCH, J.: “The President and the Pardon Power: A Bibliographic Essay, 1989-2015”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 12, núm. 3, 2016, pp. 413-445.

¹²⁴⁹ Para el cual consultar MOORE, K.D.: “Pardon for Good and Sufficient Reasons”, *University of Richmond Law Review*, Vol 27 núm. 2, 1993, pp. 281-288; HAASE, P.J.: “Oh My Darling Clemency: Existing or Possible Limitations on the Use of the President’s Power”, *American Criminal Law Review*, Vol. 39, núm. 3, 2002, pp. 1287-1307; GIANNINI, M.M.: “Measured Mercy: Managing the Intersection of Executive Pardon Power and Victim’s Rights with Procedural Justice Principles”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, núm. 1, 2015, pp. 89-138; BARKOW, R.E., and OSLER, M.: “Restructuring Clemency: The Cost of Ignoring Clemency and a Plan for Renewal”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 82, núm. 1, pp. 1-26; y CHAMBERS JR., H.L.: “The President, Prosecutorial Discretion, Obstruction of Justice and Congress”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 52, núm. 3, 2018, pp. 609-632.

este tipo de perdón¹²⁵⁰ y, lo más interesante, los efectos jurídicos del mismo. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Ex parte Garland* señaló que el indulto:

“libera el castigo y borra la existencia de la culpa, de modo que, ante la ley, el delincuente es tan inocente como si nunca hubiera cometido el delito. Si se otorga antes de la condena, previene cualquiera de las sanciones e inhabilitaciones derivadas de la condena; si se otorga después de la condena, elimina las sanciones y las inhabilitaciones, y restaura todos los derechos civiles; lo convierte, por así decirlo, en un nuevo hombre, y le otorga un nuevo reconocimiento y capacidad” (traducción y énfasis nuestro)¹²⁵¹.

En esta línea, el alto Tribunal, en el asunto *Carlisle v. Estados Unidos*, añadió que el perdón “elimina la consideración jurídica del delito en sí”¹²⁵². En otras palabras, el perdón es, por un lado, causa directa de la extinción de la responsabilidad penal, y, por otro, consiste en la supresión de un hecho penal, así como de sus efectos directos o indirectos, que pueden haber sido vinculados a un individuo en relación con un delito cometido, forzando así el olvido de dicha consecuencia penal. En este sentido, la amnistía, los indultos y otras formas de clemencia se convierten en un ejemplo de un derecho general al olvido, para permitir que los individuos no se vean afectados por los acontecimientos y decisiones del pasado y puedan vivir y desarrollarse libremente¹²⁵³ en el presente y el futuro. No obstante lo anterior, cabe recordar, que, a pesar de la existencia de un derecho al olvido por parte de la clemencia ejecutiva, esta no conlleva la eliminación de los antecedentes penales, sino que se manifiesta como una mera corrección que se añade al expediente.

Precisamente en este último sentido, cabe señalar que la otra posibilidad jurídica en la que el sistema estadounidense sugiere un derecho al olvido, evitando que el pasado

¹²⁵⁰ Sobre la cual se tiene en cuenta la necesidad de aliviar así como la conducta, el carácter y la reputación de la persona en cuestión. Consúltese el Manual del Fiscal Federal de los Estados Unidos sobre Normas para la Consideración de Solicitudes de Indulto de 1997, disponible en: <https://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>

¹²⁵¹ Vid. asunto *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333, 380-381 (1866).

¹²⁵² Vid. asunto *Carlisle v. United States*, 83 U.S. 147, 151 (1873).

¹²⁵³ Esta tradición jurídica civil parece ser compartida en el sistema americano de derecho común. Como han señalado algunos autores, “un derecho al olvido [a través del perdón] puede ser un componente indispensable del Estado de Derecho [...] una prerrogativa esencial del individuo [...] fundamentada en posibilitar el olvido del pasado de una persona” (traducción propia) Vid. LETTERON, R.: “Le droit à l’oubli”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Etranger*, Vol. 2, 1996, pp. 422.

dictamine el presente y el futuro, es la eliminación de los antecedentes penales¹²⁵⁴. Aunque no existe una ley federal sobre la eliminación de los antecedentes penales, distintas leyes estatales y la jurisprudencia correspondiente muestran que esta figura impide la disponibilidad de información sobre una condena, ya sea a través del borrado o la destrucción¹²⁵⁵ del registro concreto, o a través de su omisión en la presentación de informes¹²⁵⁶. A pesar de ello, los antecedentes penales son accesibles al público en general a través del pago de una tarifa simbólica, para realizar verificaciones de antecedentes (muy común en el marco de entrevistas de trabajo, de relaciones sentimentales o comerciales y en el ámbito de la prensa)¹²⁵⁷. Este *curriculum vitae* negativo, que se almacena en los repositorios de los registros de antecedentes penales universalmente accesibles a cualquier persona, incluso en los casos en los que no hay condena, parece verse legitimado como un componente necesario del excepcionalismo estadounidense en materia de transparencia, y apoyado por la Sexta Enmienda¹²⁵⁸ y el derecho del público a saber, lo que, en la práctica, conlleva a una sospecha y desconfianza impercedera¹²⁵⁹. Esto, por supuesto, suscita preocupaciones sobre la prevalencia casi absoluta de un derecho general de acceso a la información sobre el derecho a la privacidad y otros intereses protegidos por el texto constitucional, especialmente en la era digital¹²⁶⁰.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo estadounidense, desde el asunto *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, se ha negado a otorgar un reconocimiento expreso a un derecho universal a la información en relación con los registros penales, en ocasiones incluso rechazando la divulgación de dicha información¹²⁶¹. Así pues, cabe señalar el

¹²⁵⁴ En el que se incluye cualquier registro relacionado con un arresto, con independencia de que la persona sea condenada o no.

¹²⁵⁵ *Vid.* por ejemplo, el asunto *United States v. Johnson*, 941 F.2d 1101, 1111 (10th Cir. 1991).

¹²⁵⁶ *Vid.* por ejemplo, el asunto *United States v. Sweeny*, 914 F.2d 1260, 1262 (9th Cir. 1990).

¹²⁵⁷ *Vid.* la página web sobre acceso electrónico de documentos judiciales con más de 500 mil millones de registros y decisiones judiciales. Disponible en: <http://www.pacer.gov>

¹²⁵⁸ *Vid.* los asuntos *Strickland v. Washington* 466 U.S. 668 (1984) y *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200 (1987).

¹²⁵⁹ Para un análisis complete de la problemática jurídica, *vid.* JACOBS, J.B.: *The Eternal Criminal Record*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.

¹²⁶⁰ SOLOVE, D.J.: “Access and Aggregation: Privacy, Public Records and the Constitution”, *Minnesota Law Review*, Vol. 86, núm. 6, 2002, pp. 1137-1209.

¹²⁶¹ El Tribunal Supremo interpretó que tal derecho no era absoluto, y por tanto, no autorizó la divulgación de las cintas en cuestión, concluyendo que el permitir el acceso se dejaría a discreción del tribunal que conociera del asunto a la luz de circunstancias particulares. Aquí, por tanto, el intérprete supremo ha insinuado que, incluso sobre la base de un ejercicio efectivo de la primera enmienda y a pesar de que su tradición jurisprudencial considera los registros judiciales como una fuente de información legal y pública, ello no significa un derecho automático a revelar cualquier tipo de información. Una vez más, *vid.* el asunto *Nixon v. Warner Communications, Inc.* 435 U.S. 589, 597-610 (1978) y MYERS MORRISON, C.: “Privacy, Accountability and the Cooperating Defendant: Towards a New Role for Internet Access to Court Records”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, 2009, pp. 921-978.

asunto *DOJ v. Reporters Comm. for Free Press*¹²⁶², pues, en él, el Tribunal Supremo aludió a un derecho al olvido digital al reconocer que las personas no deberíamos estar bajo la sombra de eventos o errores del pasado (sobre todo cuando estos son todavía más accesibles con los avances de la informática y la facilidad de acumulación y almacenamiento de información, que de otra forma se habría perdido poco después¹²⁶³), sugiriendo que cierta información, sobre todo la relativa a los antecedentes penales, aunque en el dominio público, debería permanecer “en un olvido efectivo”¹²⁶⁴, y que, por tanto, el “mero paso del tiempo” podría devolver información personal del dominio público al dominio privado¹²⁶⁵.

La exigencia del borrado o la falta de accesibilidad de información relacionada con los antecedentes penales, pone de relieve la necesidad de asegurar que una condena penal no sea “*un estigma y una inhabilitación permanentes*”¹²⁶⁶ y, en su lugar, permite un camino hacia la rehabilitación o la restauración de la persona¹²⁶⁷. En consecuencia, el asunto *Melvin v. Reid* se convierte en uno de los casos de obligada referencia, como “*uno de los fantasmas del pasado respecto al derecho al olvido*”¹²⁶⁸, en tanto en cuanto sugiere un derecho a ser olvidado en los EE. UU.¹²⁶⁹, y precisamente para evitar que un pasado que no se corresponde con la realidad suponga una hipoteca para el presente y el futuro de una persona. El Tribunal de Apelaciones del Estado de California aclaró que uno de los principales objetivos de la sociedad actual y de la administración del sistema penal es “la rehabilitación de los que han errado y la reforma de los delincuentes”, y concluyó que el uso del nombre real de la demandante, como dato identificativo de su persona, fue

¹²⁶² Vid. el asunto U.S. *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749-769 (1989).

¹²⁶³ Vid. U.S. *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 771 (1989).

¹²⁶⁴ *Id.* 776-780.

¹²⁶⁵ *Id.* 763.

¹²⁶⁶ JACOBS, J.B.: *The Eternal Criminal Record*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, p. 130.

¹²⁶⁷ GEFFEN, J., y LETZE, S.: “Chained to the Past: An Overview of Criminal Expungement Law in Minnesota State v. Schultz”, *William Mitchel Law Review*, Vol. 31, núm. 4, 2005, pp. 1332-1380, 2005; BLUMSTEIN, A., y NAKAMURA, K.: “Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks”, *Criminology*, Vol. 47, núm. 2, 2009, pp. 327-359; y MYRICK, A.: “Facing Your Criminal Record: Expungement and the Collateral Problem of Wrongfully Represented Self”, *Law and Society Review*, Volume 47, núm. 1, 2013, pp. 73-104.

¹²⁶⁸ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory: Could the European Union’s Right to be Forgotten Exist in the US?”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, núm. 4, 2015, p. 1185.

¹²⁶⁹ *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285 (1931). La ex prostituta que fue juzgada pero absuelta por asesinato y que había cambiado su vida, se vio atrapada por su pasado cuando una película sobre el juicio y su vida salió a la luz, arruinando su presente y futura vida personal y profesional. Por ello, ella demandó sobre la base de una violación de su derecho a la privacidad, específicamente a través de la acción de responsabilidad civil por la difusión pública de hechos privados.

injustificado e inhibió su derecho inalienable a buscar y obtener seguridad y felicidad, y fue una invasión impugnabile de su derecho a la privacidad¹²⁷⁰. Este precedente, aunque matizado en jurisprudencia posterior en relación con el interés legítimo de conocer sobre el pasado y el presente de personajes o figuras públicas¹²⁷¹, como lo hizo en los asuntos *Sidis v. FR Publishing Corp*¹²⁷², *Haynes v. Alfred A. Knopf Inc.*¹²⁷³, o *Shulman v. Group W. Productions Inc.*¹²⁷⁴, no cierra completamente la posibilidad de reconocer un derecho al olvido digital, puesto que se hace una distinción entre revelar o difundir información personal con la intención de lucrarse o con el fin de satisfacer un interés público¹²⁷⁵.

El perdonar y olvidar forzosamente también se pueden encontrar en relación con la **restauración financiera**, que se ve claramente en la legislación y jurisprudencia en materia de insolvencia o bancarrota, con el fundamento de que el “*corazón de la política y leyes concursales*” se encuentra en la liberación del deudor de las cadenas de deudas pasadas¹²⁷⁶. De hecho, este enfoque a lo *tabula rasa* para el perdón y la rehabilitación financiera está diseñado para permitir que un deudor tenga un “*nuevo comienzo libre de las vicisitudes financieras de su pasado*”¹²⁷⁷, puesto que establece una prohibición a entidades gubernamentales y privadas de excluir de un proceso o despedir a un empleado

¹²⁷⁰ *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285, 291-292 (1931).

¹²⁷¹ *Vid.* también CALVERT, C., y BRUNO, J.: “When Cleansing Criminal History Clashes with the First Amendment and Online Journalism: Are Expungement Statutes Irrelevant in the Digital Age?”, *CommLaw Spectus*, Vol. 19, 2010, pp. 123-147.

¹²⁷² *Sidis v. F-R Pub. Corp.*, 113 F2d 806 (2d Cir. 1940). Este caso se refería a la divulgación de hechos privados de un niño prodigio que había sido una figura pública bien conocida cuando era joven, pero había decidido vivir en reclusión durante varios años. En este caso, el tribunal sostuvo que el derecho del público a saber prevalecía sobre la privacidad de Sidis, probando la notoriedad del artículo sobre la base del interés del público en asuntos pasados de figuras públicas.

¹²⁷³ *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F3d 1222 -7th Cir.- (1993). Este caso versaba sobre la publicación de un libro basado en hechos reales, que hacía referencia a comportamientos vergonzosos del ex marido del personaje principal, que lo describía desde una perspectiva negativa. El tribunal aquí llegó a la conclusión de que, para que la invasión de la privacidad pueda alegarse, los hechos privados publicados tienen que superar el test de la razonabilidad: una persona razonable debe considerarlo profundamente ofensivo y probar que el público, por tanto, no tiene un interés legítimo en conocer esos hechos.

¹²⁷⁴ *Shulman v. Group W. Productions, Inc.*, 955 P.2d 469 -Cal.- (1998). Este caso versaba sobre la divulgación de una conversación grabada entre una víctima de un accidente automovilístico y una enfermera de vuelo mientras era transportada al hospital donde se revelaban pensamientos privados y de desesperación. El tribunal concluyó que al equilibrar la privacidad y el derecho del público a saber, el interés periodístico y el interés público de los accidentes automovilísticos y la falta de contenido morboso o “intensamente personal” de la conversación conllevaban a interpretar que dicha injerencia era proporcional (*Shulman supra* 215-243).

¹²⁷⁵ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*”, p. 915.

¹²⁷⁶ Para una aproximación a esta cuestión, *vid.* JACKSON, T.H.: “The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 98, núm. 7, 1985, pp. 1393-1448; y AMBROSE, M.L., FRIES, N. y VAN MATRE, J.: “Seeking Digital Redemption: The Future of Forgiveness in the Digital Age”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, Vol. 29, núm. 1, 2012, pp. 99-163.

¹²⁷⁷ AMBROSE, M.L., FRIES, N. and VAN MATRE, J.: *supra*, p. 125, que cita el asunto *Vina*, 283 B.R. 803, 807 (Bankr. M.D. Fla. 2002) entre otros.

sobre la base de su pasado financiero, con la finalidad de evitar la destrucción de su libre desarrollo profesional y subsistencia personal¹²⁷⁸. En este sentido, también vale la pena mencionar que la Ley de Informes de Créditos Justos de 1970 trata de proteger precisamente la privacidad de las personas al obligar a las agencias y oficinas de crédito a no poner a disposición del público información sobre insolvencia que tenga más de diez años¹²⁷⁹. Este tipo de disposiciones reafirma el valor y el interés de la sociedad hacia la protección de la autonomía y libre desarrollo individual.

De manera similar, se pueden establecer paralelismos entre la legislación en materia concursal y el derecho al olvido como “liberación de reputación digital”¹²⁸⁰, así como la **legislación en materia de derechos de autor** y el derecho al olvido como una solicitud de eliminación matizada, por ejemplo, bajo la Ley de derechos de autor del milenio digital de 2001¹²⁸¹. En efecto, en los EE. UU existe un derecho, y consecuente obligación, de supresión, de borrado o al olvido en la Red en materia de propiedad intelectual:

“contenidos protegidos por derechos de autor se eliminan regularmente a petición del titular de este derecho [...] [La Ley estadounidense de derechos de autor] crea un puerto seguro, que no genera responsabilidad subsidiaria por infracción de derechos de autor a los proveedores de servicios en línea que eliminan el contenido objetado al recibir una solicitud de retirada (“aviso de cese y desistimiento”) por parte del titular de los derechos de autor. Esto puede suponer el borrado de una imagen, una canción, un video o cualquier enlace que dirige al usuario hacia ese contenido” (traducción propia)¹²⁸².

La protección estadounidense en materia de derechos de autor no sólo se establece para salvaguardar un derecho, del autor como propietario¹²⁸³, a controlar la divulgación

¹²⁷⁸ Vid. *supra* p. 128.

¹²⁷⁹ Vid. Ley de Informes de Crédito Justos de 1970, 15 U.S.C. art. 1681c(a)(1): “La información excluida de los informes del consumidor [...] ninguna agencia de informes del consumidor puede tener en consideración ningún informe del consumidor que contenga cualquiera de los siguientes elementos de información: (1) Casos bajo el Título 11 [de Código de Estados Unidos] o bajo la Ley de Bancarrota que [...] que tengan una antigüedad de más de 10 años”.

¹²⁸⁰ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*, pp. 925-926: “Los individuos no deberían temer que las decisiones que toman en su juventud puedan perseguirlos más tarde en la vida como un albatros reputacional”.

¹²⁸¹ GEORGE, E.J.: *supra*, pp. 926-929.

¹²⁸² JONES, M.L.: *Crtl+Z. The Right to be Forgotten*, New York University Press, New York, 2016, p. 57.

¹²⁸³ Una vez más, encontramos críticas a esta faceta de la privacidad basada en el presupuesto de titularidad de la propiedad ya que el derecho a la propiedad es “entre otras cosas, un derecho a excluir a los demás de algo; [un derecho de privacidad informativa basada en los] derechos de autor es el derecho a excluir la comunicación de cierta información –un derecho a restringir que terceros hablen sobre ti–” según

de su obra, no sólo para impedir el aprovechamiento económico de terceros, sino también, para aliviar sus preocupaciones y tener paz mental sobre su autonomía de decidir cómo se limita la utilización del resultado de su identidad y libre desarrollo personal¹²⁸⁴. También resulta de obligada referencia el relativamente reciente asunto *National Archives v. Favish*¹²⁸⁵, en el que también se aludió a lo doloroso que podría ser revivir el pasado, reconociendo el interés estadounidense de proteger la privacidad por encima, incluso, del derecho de acceso a la información. Curiosamente, el tribunal sugiere una suerte de derecho a moldear el pasado, suprimiendo al menos aquellos elementos dolorosos, sobre todo cuando se trata de información sobre un difunto que causaría sufrimiento a su familia¹²⁸⁶. Además, reconoce la creciente preocupación por los efectos inabarcables de la tecnología al extender no sólo la permanencia de la información con el paso del tiempo, sino también al hacer del pasado algo universalmente accesible en el presente, afectando directamente a la privacidad de las personas y explica que todos buscamos “*estar resguardados y asegurarnos un refugio de la cultura del sensacionalismo por nuestra propia paz interna y tranquilidad personal*” (traducción propia)¹²⁸⁷.

3. La controvertida aceptación de un derecho al olvido en el ordenamiento jurídico estadounidense

Es difícil entender la reticente aceptación de un derecho a la ‘rehabilitación informativa’ en Estados Unidos cuando el sueño americano¹²⁸⁸ se fundamentó, y se

VOLOKH, E.: “Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking about You”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1064-1065.

¹²⁸⁴ SAMUELSON, P.: “Protecting Privacy Through Copyright Law?”, en ROTENBERG, M., SCOTT, J., y HORWITZ, J. (Eds): *Privacy in the Modern Age: The Search for Solutions*, The New Press, New York, 2015, p. 192.

¹²⁸⁵ Vid. *National Archives v. Favish*, 541 U.S. 157 (2004). Este caso versaba sobre el Señor Foster, un alto funcionario del gobierno estadounidense durante el mandato del Presidente Clinton (como abogado de la Casa Blanca), que se vio involucrado en una investigación junto con la familia Clinton por un presunto fraude, y posteriormente fue hallado muerto, y tras dos investigaciones internas, el gobierno lo achacó a muerte por suicidio. El Señor Favish afirmaba que la muerte había sido por asesinato, acusaba al gobierno de encubrimiento, y solicitó, de conformidad con la Ley de Libertad de Información, las fotos sacadas en la escena del crimen y durante la autopsia, que se habían clasificado como información gubernamental. El gobierno, en un principio se negó, pero finalmente dio acceso a casi todas las fotografías, denegando una decena de ellas, argumentando que el interés de privacidad de la familia de Foster prevalecía sobre el interés público de acceder a fotografías muy gráficas, cuya publicación afectaría negativamente a la familia de Foster.

¹²⁸⁶ Vid. *National Archives v. Favish*, 541 U.S. 168-169 (2004).

¹²⁸⁷ Vid. *National Archives v. Favish*, 541 U.S. 166-167 (2004).

¹²⁸⁸ TRUSLOW acuñó y definió el sueño americano de la siguiente manera: “una vida mejor, más rica y feliz para todas las personas, comprendiendo oportunidades para todos según sus habilidades y el esfuerzo de su trabajo [...] independientemente de su clase social o las circunstancias en las que nace” (traducción

fundamenta, en una suerte de derecho al olvido, cimentado sobre la idea que cualquier individuo, independientemente de su pasado y de sus características socio-económicas, puede pisar suelo estadounidense y comenzar desde cero: “*reinvention was a key attribute of the new world*”¹²⁸⁹. En principio el suelo estadounidense, con la globalización y transformación digital, se ha extendido a la Red, aunque sea sólo en relación con su dominio (.us o .com). Sin embargo, son numerosas las razones que explican el rechazo a un derecho al olvido digital en los EE. UU., entre las que cabe destacar razones aparentemente superficiales, como puede ser la problemática relativa a su denominación sensacionalista y el desacuerdo acerca de una definición precisa, así como razones más estructurales e imperiosas, tales como la extensión del liberalismo americano a la esfera digital, los beneficios comerciales de la información personal y la primacía de la libertad de expresión y de prensa; todas ellas son inherentes al ordenamiento estadounidense y a su identidad constitucional, haciendo difícil la conciliación de un derecho al olvido basado en la protección de la dignidad con otros valores supremos de su texto constitucional¹²⁹⁰.

3.1. Falta de claridad conceptual y consenso sobre un ‘derecho’ al ‘olvido’

No son pocos los que aluden a perspectivas irreconciliables¹²⁹¹ (cuando menos dispares¹²⁹²) o enfoques diametralmente opuestos¹²⁹³ sobre la privacidad, en general, y la noción del derecho al olvido digital, en particular, entre las dos grandes culturas jurídicas occidentales¹²⁹⁴. En los EE. UU., encontramos conceptos como ‘la privacidad

propia). Vid. TRUSLOW ADAMS, J.: *The Epic of America*, Transactions Publishers, New Brunswick, 1931, ed. 2012, p. 367.

¹²⁸⁹ SIRY, L.: “Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two Different Paradigms of the Right to be Forgotten”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 103, núm. 3, 2014-2015 p. 313.

¹²⁹⁰ LARSON, R.G.: “Forgetting the First Amendment: How Obscurity-Based Privacy and a Right to Be Forgotten Are Incompatible with Free Speech”, *Journal on Communication Law and Policy*, Vol. 18, núm. 1, 2013, pp. 91-120.

¹²⁹¹ WERRO, F.: “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten...*op.cit.*, p.286.

¹²⁹² MORENO BOBADILLA, A.: “El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos”, *Revista de Comunicación*, vol. 18, núm. 1, 2019, p. 259.

¹²⁹³ ROSEN, J.: “The Right to Be Forgotten”, *Stanford Law Review Online*, Vol. 64, 2012, p. 88.

¹²⁹⁴ Existiendo menos protección de los datos personales, sobre todo en el contexto online en los EE. UU., en comparación con Europa. Vid., en este sentido, BAUMER, D.L., EARP, J.B. y POINDEXTER, J.C.: “Internet Privacy Law: A Comparison Between the United States and the European Union”, *Computers and Security Journal*, Vol. 23, 2004, p. 411; SALBU, S.R.: “The European Union Data Privacy Directive and International Relations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, p. 665; REIDENBERG, J.R.: “E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy”, *Houston Law Review*, Vol. 38, 2001, pp. 717-718.

informativa' y 'la privacidad de datos' como supuestos términos neutros¹²⁹⁵, teóricamente equivalentes a la protección de datos europea, sobre los que potencialmente descansaría un derecho al olvido digital, aunque en clave comparada estricta, no exista un derecho estadounidense análogo a la protección de datos o a la autodeterminación informativa¹²⁹⁶. Aunque se ha expuesto la “seclusión” o aislamiento informativo¹²⁹⁷ o el “derecho a evitar la revelación de información personal”¹²⁹⁸ como facetas del derecho a la privacidad estadounidense, el primer problema que nos encontramos al otro lado del Atlántico es la falta de comprensión y acuerdo acerca de la definición del derecho al olvido digital. Tampoco son pocos los que se quejan y exponen la problemática y controversia sobre su denominación¹²⁹⁹ que, aunque sugerente, puede inducir a error:

“la lingüística ha producido una gran división en el debate sobre este derecho debido al uso de palabras como ‘eliminar’, ‘suprimir’, y sobre todo, ‘olvidar’. Este tipo de vocabulario ha creado una visión del mundo de que la información está siendo censurada o alterada, cuando de hecho no hay censura, alteración o eliminación completa de la misma” (traducción propia)¹³⁰⁰.

Se ha aludido al derecho al olvido digital como el mayor enemigo de los motores de búsqueda¹³⁰¹, considerándolo un derecho a solicitar que estos eliminen aquellos enlaces perjudiciales para la reputación; siendo esta una descripción demasiado simplificada e inexacta, ayuda, al menos, a comprender dónde se encuentra el debate socio-jurídico en los Estados Unidos¹³⁰². Hay autores que, ante la preocupación de la recopilación, el tratamiento masivo de información y los efectos dañinos de una computación ubicua, entendían que eran necesarios mecanismos que permitieran revitalizar el presente y el

¹²⁹⁵ SCHWARTZ, P.M., y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy... op. cit.*

¹²⁹⁶ SCHWARTZ, P.M.: pp. 381–387.

¹²⁹⁷ MCLAUGHLIN, J.A.: “Comment, Intrusions Upon Informational Seclusion in the Computer Age”, *John Marshall Law Review*, Vol. 17, 1984, pp. 833-36.

¹²⁹⁸ FALBY, B.E.: “Comment, A Constitutional Right to Avoid Disclosure of Personal Matter: Perfecting Privacy Analysis in *J.P. v. DeSanti*, 653 F.2d 1080 (6th Cir. 1981)”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 61, 1982, pp. 224-225.

¹²⁹⁹ FLORIDI, L.: “The Right to Be Forgotten: a Philosophical View”, *Annual Review of Law and Ethics*, 2015, p. 4.

¹³⁰⁰ NEVILLE, A.: “Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 15, núm. 2, pp. 170-171.

¹³⁰¹ MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten...op.cit., p. 54: “el más controvertido y amenazante para los motores de búsqueda”; y BYRUM, K.: *The European Right to be Forgotten. The First Amendment Enemy*, Lexington Books, Lanham, 2018.

¹³⁰² *Vid.*, también, SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, pp. 311-344.

ahora, a expensas de olvidar el pasado¹³⁰³. Algunos lo han definido como un derecho a controlar, más que a borrar información depositada en la web¹³⁰⁴, mientras que otros lo han restringido a un derecho de solicitar a un motor de búsqueda el borrado de enlaces que dañan la reputación¹³⁰⁵, que resultan ofensivos¹³⁰⁶ o que superan el umbral de la irrelevancia¹³⁰⁷. En este sentido, Gajda asegura que debe ser entendido como

*“el derecho a dejar atrás un pasado vergonzoso y dañino, al menos en lo que se refiere a una potencial búsqueda en Google[...] el derecho a poder borrar el pasado en función de si la persona se ha convertido en otra [que no se corresponde con la del pasado][...]la información del pasado puede describir inadecuadamente a la persona reconvertida[...]siendo necesario un derecho a que la persona pasada sea olvidada en el presente”*¹³⁰⁸.

En un primer momento, Ambrose y Ausloos señalaron que el derecho al olvido digital podía hacer referencia a dos derechos distintos: o bien un derecho al borrado de información personal proporcionada directa o indirectamente por el interesado, o bien un derecho al olvido de información indeseada del pasado tras el paso de cierto periodo de tiempo¹³⁰⁹; a esta última concepción se han adherido otros autores, entendiendo el derecho al olvido como un derecho a no estar indefinidamente vinculado a información del pasado¹³¹⁰. Otros lo han definido como un derecho vinculado a la privacidad que permite a los usuarios hacer menos accesible aquella información personal que les concierne, tras el paso de un periodo de tiempo, también llamado “derecho a la oscuridad

¹³⁰³ Vid. BANNON, L.J.: “Forgetting as a Feature, not a Bug: The Duality of Memory and Implications for Ubiquitous Computing”, *CoDesign*, Vol. 2, 2006, p. 12 y KITCHIN, R. y DODGE, M.: “Outlines of a world coming into existence’: pervasive computing and the ethics of forgetting”, *Environment and Planning B: Planning and Design*, Vol. 34, 2007, pp. 441-443.

¹³⁰⁴ WERRO, F.: “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten...*op.cit.*, p. 285; RONAY, J.: “Adults post the darndest things: [ctrl shift] freedom of speech to [esc] our past”, *University of Toledo Law Review*, Vol. 46, núm. 1, p. 89.

¹³⁰⁵ RUSTAD, M.L., y KULEVSKA, S.: “Reconceptualising the Right to be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow”, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 28, 2015, p. 353.

¹³⁰⁶ MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten” Force the World to Forget”, *Temple Law Review*, Vol. 89, 2017, p. 610.

¹³⁰⁷ KAYE, D.: *Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet*, Columbia Global Reports, New York, 2019, p. 34.

¹³⁰⁸ GAJDA, A.: “Privacy, Press and the Right to be Forgotten...*op.cit.*, pp. 204-205.

¹³⁰⁹ AMBROSE, M.L., y AUSLOOS, J.: “The Right to be Forgotten Across the Pond”, *Journal of Information Policy*, Vol. 3, 2013, p. 1: “contrast a right to “oblivion” (full deletion of certain public data) with a “right to erasure” (removal of personal data provided for automated processing)”.

¹³¹⁰ BUNN, A.: “The Curious Case of the Right to be Forgotten”, *Computer Law and Security Review*, Vol. 31, 2015, p.338

digital” (*right to obscurity*¹³¹¹); “*aplaudido como pilar fundamental de la privacidad informativa en ciertos países y condenado como censura en otros*”¹³¹². También se ha definido como el derecho a proteger y solicitar la eliminación de información sobre uno mismo en el mundo digital”¹³¹³.

Ambrose¹³¹⁴ ahora prefiere llamarlo “redención” o “reinención” digital¹³¹⁵ y siempre ha insistido en que supone una potestad de solicitar la transformación de información personal pública de vuelta a la esfera privada¹³¹⁶, liberando a la persona de una accesibilidad universal. Volokh, a pesar de que no hacía alusión expresa a este derecho sí que hablaba del “derecho a detener a terceros de hablar sobre uno” e insistía en los peligros y consecuencias no deseadas de tal tipo de restricción de la libertad de expresión en la web¹³¹⁷. Floridi ha mantenido su consideración “*a lo sumo como un metafórico derecho de desindexación*”¹³¹⁸, definición simplificada a la cual se han sumado otros autores como Douglas¹³¹⁹ o Voss¹³²⁰, referenciándolo como un derecho de retirada de enlaces o de resultados de búsqueda en la Red. Lee lo resume como “*un derecho nuevo a la privacidad (o una nueva aplicación del derecho a la privacidad) contra los motores de búsqueda de Internet*”¹³²¹. Otros autores lo han catalogado como la “*eliminación de información basada en una preferencia meramente subjetiva*”¹³²², o como un derecho de borrado que regula el tiempo que cierta información privada está disponible¹³²³. Peguera lo ha definido como el derecho a suprimir información que podría interferir gravemente

¹³¹¹ HARTZOG, W. y STUTZMAN, F.: “The Case for Online Obscurity”, *California Law Review*, Vol. 101, núm. 1, 2013, pp. 1-49.

¹³¹² AMBROSE, M.L., FRIES, N. y VAN MATRE, J.: “Seeking Digital Redemption: The Future of Forgiveness in the Digital Age...*op. cit.*”, p. 99.

¹³¹³ SCHWARTZ, P.: “The EU-U.S. Privacy Collision. A Turn to Institutions and Procedures”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, pp. 1966-2009.

¹³¹⁴ Apellido que, tras casarse, se ha convertido en Jones, y así se hará constar a partir de ahora.

¹³¹⁵ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, pp. 9-10.

¹³¹⁶ AMBROSE, M.L.: “It’s About Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to be Forgotten”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 16, n. 2, 2013, p. 371.

¹³¹⁷ VOLOKH, E.: “Freedom of Speech, Information Privacy...*op. cit.*”, pp. 2 y 42-47.

¹³¹⁸ FLORIDI, L.: “The Right to Be Forgotten...*op. cit.*”, p. 3.

¹³¹⁹ DOUGLAS, M.: “Questioning the Right to be Forgotten”, *Alternative Law Journal*, Vol. 40, núm. 2, 2015, pp. 109-112.

¹³²⁰ VOSS, W.G., y CASTETS-RENARD, C.: “Proposal for an International Taxonomy on the Various Forms of the ‘Right to Be Forgotten’: A Study on the Convergence of Norms”, *Colorado Technology Law Journal*, Vol. 14, núm. 2, 2016, pp. 281- 344.

¹³²¹ LEE, E.: “The Right to Be Forgotten v. Free Speech”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 12, núm. 1, 2015, p. 110.

¹³²² MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s ‘Right To Be Forgotten...*op. cit.*”, p. 626.

¹³²³ TESIS, A.: “The Right to Erasure: Privacy, Data Brokers and the Indefinite Retention of Data”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 49, 2014, p. 435.

en el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal¹³²⁴. Aquellos contrarios a la fundamentación de este derecho digital plantearon ya en su momento un derecho a responder como contraoferta a los problemas inherentes al borrado de información veraz en la página de resultados de los motores de búsqueda en particular, o un “derecho privado de réplica”, en general¹³²⁵.

Haynes Stuart lo ha generalizado como el derecho a “la eliminación obligatoria de información en línea”¹³²⁶. Conley, en cambio, se acercaba más al entendimiento europeo de este derecho al hablar del derecho de cada persona a borrar información que le concierne y que obra en poder de terceros como una combinación de herramientas tecnológicas, regulación, normas sociales y presión de mercado en aras de promover el control individual de la información personal¹³²⁷. Siguiendo esta línea de pensamiento, Graux, Ausloss y Valcke han considerado que el derecho al olvido no debe limitarse únicamente a información proporcionada por el propio interesado, sino extenderse a información personal en poder de terceros cuando su retención haya devenido innecesaria¹³²⁸. Heins lo acerca a un derecho al anonimato, como deseo derivado de la concepción americana de la privacidad y necesario ante los miedos de represalias políticas o sociales¹³²⁹. Walker lo define como el mecanismo, a disposición de la persona, para obligar a la eliminación permanente de información personal de las diferentes bases de datos en línea¹³³⁰. Por último, George puntualiza que este derecho coloca una barrera sobre cuán extendida está la información personal que nos concierne ya que parece difícil

¹³²⁴ PEGUERA, M.: “The Shaky Ground of the Right to be Delisted”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 18, núm. 3, 2016, p. 506.

¹³²⁵ PASQUALE, F.: “Asterisk Revisited: Debating a Right of Reply on Search Results”, *Journal of Business and Technology Law*, Vol. 3, núm. 1, 2008, pp. 61-85; y WHEATLY, A.: “Do-It-Yourself Privacy: The Need for Comprehensive Federal Privacy Legislation with a Private Right of Action”, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 45, núm. 3, 2015, pp. 283-286.

¹³²⁶ HAYNES STUART, A.: “Google Search Results: Buried If Not Forgotten”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, Vol. 15, núm. 3, 2014, p. 463.

¹³²⁷ CONLEY, C.: “The Right to Delete”, *Semantic Scholar: AAAI Spring Symposium: Intelligent Information Privacy Management*, 2010, pp. 53 y 58. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Right-to-Delete-Conley/ea5b0930c40a2d4f835fd36fd2d882ed5cc36ac1>

¹³²⁸ GRAUX, H., AUSLOSS, J. y VALCKE, P.: “The Right to be Forgotten in the Internet Era”, *ICRI Working Paper*, Vol. 11, núm. 4, 2012.

¹³²⁹ HEINS, M.: “The Right to Be Let Alone: Privacy and Anonymity at the U.S. Supreme Court”, *Revue française d'études américaines*, Vol. 1, núm. 123, 2010, p. 66: “Often, the quest for anonymity derives from a desire for privacy; sometimes, it derives from a fear of political or social retribution. One federal court, in striking down an overbroad Internet censorship law that, in the interest of preventing fraud, prohibited much innocent anonymous or pseudonymous speech, identified the use of false IDs as a legitimate tool “to avoid social ostracism, to prevent discrimination and harassment, and to protect privacy” (*ACLU of Georgia v. Miller* 1233)”.

¹³³⁰ WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten...*op.cit.*”, p. 261.

determinar o acordar la relevancia pública o histórica en el presente, no tanto si la tuvo, sino si habiéndola tenido debe o no seguir a disposición, “*haciendo la indagación o investigación de una persona simplemente más compleja, pero no impedirá a aquellos con un interés profundo en obtener dicha información*” (traducción propia)¹³³¹.

Por otra parte, se ha propuesto que la llamada *proprietary* o *property-based privacy*¹³³², que tradicionalmente se había centrado en la vida privada y el hogar¹³³³, pero que, con los avances socio-tecnológicos, empezó a incluir la imagen y la reputación del nombre, en general¹³³⁴, podría ocuparse, de manera similar a como lo hace la propiedad privada, a la protección más efectiva la información personal, a través del mismo presupuesto de titularidad. Los padres fundadores de la Constitución de los Estados Unidos de América jamás dudaron de que la propiedad privada constituía la base de la prosperidad y de la propia libertad¹³³⁵ y consagraron un derecho individual a la propiedad privada, tendente a garantizar que las personas pudieran adquirir, utilizar y disponer de ella libremente¹³³⁶. Thomson, de hecho, defiende que las reivindicaciones morales relativas a los derechos vinculados a la privacidad, incluyen aquellas relativas al derecho a la propiedad y los derechos relativos a la personalidad¹³³⁷. Son numerosos los autores que, adoptando la filosofía lockeana de la propiedad, proponen esta vía¹³³⁸, mientras que otros han preferido una filosofía de control basada en el uso propio de la información

¹³³¹ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*, p. 921. Así también lo defendía POSNER, E.: “We All Have the Right to Be Forgotten. Europe is ahead of the United States in repairing the damage to privacy the Internet—and especially Google—has wrought”, *Slate*, 14-05-2014. Disponible en: <https://slate.com/news-and-politics/2014/05/the-european-right-to-be-forgotten-is-just-what-the-internet-needs.html>

¹³³² Vid. por todos, LESSIG, L.: “Privacy as Property”, *Social Research Paper- The Johns Hopkins University Press*, Vol. 69, núm. 1, 2002, pp. 247-269; NISSENBAUM, H.: NISSENBAUM, H.: *Privacy in Context...op.cit.*, pp.89-102; WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten...*op.cit.*, p. 268.

¹³³³ La conocida cuarta enmienda, reforzada por una jurisprudencia clara y protectora del Tribunal Supremo ha otorgado protección a todo lo que pasa dentro de los confines del hogar. Vid., por todos, los asuntos *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505, 511 (1961), *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 590 (1980), y *Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409, 1414 (2013).

¹³³⁴ MCTHOMAS, M.: *The Dual System of Privacy...op.cit.*, pp. 3-5.

¹³³⁵ MADISON, J.: “Essay on Property”, *The National Gazette*, 29-03-1792: “*as a man is said to have a right to his property, he may be equally said to have a property in his rights*”. Disponible en: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch16s23.html>

¹³³⁶ No obstante, también es cierto que su materialización está limitada a la quinta enmienda y decimocuarta enmienda de la Constitución, relativas a la cláusula de expropiación forzosa y a la cláusula de derechos sustantivos no enumerados.

¹³³⁷ THOMSON, J.J.: “The Right to Privacy”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 4, núm. 4, 1975, p. 295.

¹³³⁸ Unos más bien desde una perspectiva de necesaria vinculación entre la noción de propiedad y privacidad en lo concerniente a la información personal en el mundo digital globalizado, como el caso de COHEN, J. E.: “Examined Lives: Informational Privacy...*op.cit.*, pp. 1373-1420; otros más bien centrándose en la cuarta enmienda y la información en la era digital como una suerte de propiedad expresiva, como es el caso de CLOUD, M.: “Property is Privacy: Locke and Brandeis in the Twenty-First Century”, *American Criminal Law Review*, Vol. 55, 2018, pp. 37-75.

personal¹³³⁹. Los partidarios de esta primera teoría la fundamentan sobre el hecho de que la información que concierne a una persona es cuasi-propiedad suya y que un derecho patrimonial sobre ella sería el mecanismo jurídico más adecuado para su protección. Como decía McThomas, los tribunales estadounidenses siempre van a ser más proclives a proteger el derecho a la privacidad si constituye parte del derecho a la propiedad privada que si se basa en nociones más abstractas y menos protegidas como la reputación¹³⁴⁰. En otras palabras, si se demuestra que la información personal de un individuo es propiedad suya y no de la plataforma que lo hace accesible, hay mayor probabilidad de que el tribunal falle a favor de un derecho individual a controlar los propios datos personales¹³⁴¹, y quizás, podría dar pie a una suerte de derecho al olvido digital. Para esta vertiente doctrinal, la privacidad está arraigada en el clásico razonamiento de la propiedad, y los datos de carácter personal, en el momento en que se consideran un objeto distinto del sujeto del que proceden o del que tratan, podrían activar un interés relativo a la propiedad. Cohen nos los resume elocuentemente del siguiente modo:

“Algunos defensores de la privacidad abogan por ‘derechos de privacidad negociables’: es decir, acuerdos que se otorgarían inicialmente a los individuos, pero que luego podrían intercambiarse libremente por dinero, tratos preferenciales en la provisión de un servicio u otros beneficios a percibir. Otros sostienen, en efecto, que las personas ya disfrutan de tales derechos, y que el problema de la privacidad de los datos se puede resolver mediante la adopción de procedimientos de consentimiento informado que permitan a las personas sopesar los costes de privacidad con precisión al decidir si y cómo entregar su información a terceros [...] Esta es la forma en que hablamos sobre la atribución de derechos sobre las cosas, e información que identifica a una persona parece ‘cosificada’ o ‘desprendida de uno mismo’ de manera tal que otras esferas de la vida privada – como la íntima por ejemplo- no lo están. Desde este punto de vista, la ‘propietización del debate sobre la privacidad de los datos es algo natural y propio a tener en cuenta; atestiguando el enorme poder de la filosofía de la

¹³³⁹ Vid., en este sentido, MOORE, A.D.: *Privacy Rights. Moral and Legal Foundations*, Pennsylvania State University Press, University Park, 2010.

¹³⁴⁰ MCTHOMAS, M.: *The Dual System of Privacy Rights...op.cit.*, pp. 3-5.

¹³⁴¹ MCTHOMAS, M.: *The Dual System of Privacy Rights...op.cit.*, p. 23.

propiedad en la configuración de las reglas y los patrones en el que vivimos”(traducción propia)¹³⁴².

Cohen halaga este enfoque como lingüísticamente acertado, al tener en cuenta que lo ‘privado’ puede referirse como contraposición a ‘lo público’, y por tanto, entendido como algo que debe mantenerse al margen del público en general, pero también como aquello que no es común o públicamente poseído¹³⁴³. De esta manera, la posesión individual sobre los datos que nos conciernen requeriría de un control efectivo sobre los mismos, lo que podría venir garantizado por un derecho al olvido, que funcionaría como una facultad derivada de la información personal como propiedad privada. Otros autores también han adoptado un enfoque de la propiedad basado en la personalidad, que resulta de lo más interesante en relación con la apropiación de la información personal, y por ende, de cierto control sobre su accesibilidad a través de un potencial derecho al olvido digital. Radin, por ejemplo examina el solapamiento de intereses en el contexto de la propiedad privada ilustrándolo con el hecho de que intereses no económicos y relativos a la dignidad (de un inquilino) puedan impedir o restringir la transmisión de la propiedad por parte de su titular¹³⁴⁴, lo que podría trasladarse a la información personal. El problema viene cuando la información personal, que por su propia naturaleza suele estar desperdigada por infinitos bancos de datos, hace “imposible un control directo”, lo que conduce al paradójico desafío de no sólo decidir “cómo asignar un grado de accesibilidad y distribución dada su escasez, sino también (y más bien) de cómo regular su abundancia”¹³⁴⁵. Así, Cohen nos presenta las teorías modernas relativas a la propiedad privada y el desarrollo del potencial humano y como estas pueden sustentar limitaciones en el intercambio de datos de carácter personal si se consideran necesarias para el desarrollo de la comunidad o del individuo¹³⁴⁶. En similar línea, Volokh ha propuesto una teoría contractual de la privacidad, fundamentada sobre la base de que son los propios

¹³⁴² COHEN, J. E.: “Examined Lives: Informational Privacy...*op.cit.*, pp. 1378-1379.

¹³⁴³ COHEN, J. E.: “Examined Lives: Informational Privacy ...*op.cit.*, p. 1379.

¹³⁴⁴ RADIN, M.J.: “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1982, pp. 957-1015.

¹³⁴⁵ COHEN, J. E.: “Examined Lives: Informational Privacy ...*op.cit.*, p. 1382.

¹³⁴⁶ COHEN, J. E.: “Examined Lives: Informational Privacy ...*op.cit.*, p. 1383: “*Frank Michelman, Joan Williams and others articulate [...] property’s role in ensuring an egalitarian distribution of political power and participation. In addition, Williams identifies a strain of (largely intuitive) theorizing about property that she calls the “liberal dignity” vision. On this view, property rights may not interfere with the basic respect due all persons. Finally, Radin writes more generally of “human flourishing,” in terms that encompass both individual and collective goals. Under any of these theories, property is a means to a larger end; it constitutes the individual’s stake in society and undergirds society’s vision of itself.*”

usuarios los que deciden, mediante acuerdo pactado, los términos de su privacidad¹³⁴⁷. Sin embargo, ninguna de las anteriores apuestas ha estado exentas de crítica.

Por ejemplo, mientras Litman indica que la “propietización” de los datos de carácter personal “fomenta la transacción de datos que la gran mayoría de nosotros preferiríamos que no se permitiera”¹³⁴⁸, Lemley va un paso más, alertándonos de que, desde una perspectiva pro-privacidad, cualquier visión patrimonial de los datos personales puede tener la paradójica consecuencia de “menos mecanismos de protección para el individuo”¹³⁴⁹. De hecho, uno de los argumentos más fuertes contra las teorías supracitadas es precisamente que el individuo o el consumidor no está en condiciones de aceptar, de manera libre, voluntaria y con pleno conocimiento de causa, las condiciones a las que se somete¹³⁵⁰, y por ende, se debe apostar por un modelo de privacidad por diseño y por defecto, y no uno basado en el aprovechamiento de la falta de información y entendimiento de la parte más débil en la negociación¹³⁵¹.

Además, Samuelson señala uno de estos riesgos, inherente a la propiedad: “*cuando el titular del derecho vende el bien asociado al mismo, transfiere la titularidad al tercero vendedor, transfiriendo también cualquier interés protegido asociado al mismo*”¹³⁵², poniendo en peligro el uso irrestricto y legal de los datos de carácter personal que hagan terceros, habilitados a ello una vez este tipo de propiedad se ha transferido o proporcionado¹³⁵³. En efecto, las personas pueden estar dispuestas a transferir la titularidad de ciertos bienes cuando los venden o los ceden a terceros, pero en el caso de la información personal “*uno puede estar dispuesto a ceder sus datos a la compañía N con el fin S, pero puede que no esté dispuesto a transferirle a la compañía N la facultad de compartir sus datos a la compañía M o P, o incluso que la propia compañía N los*

¹³⁴⁷ VOLOKH, E.: “Freedom of Speech and Information Privacy...*op.cit.*”, pp. 1064-1065.

¹³⁴⁸ LITMAN, J.: “Information Privacy/Information Property”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, p. 1303.

¹³⁴⁹ LEMLEY, M.A.: “Private Property: A Comment on Professor Samuelson's Contribution”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, p. 1551.

¹³⁵⁰ Calo, Froomkin y Solove han matizado este punto en SOLOVE, D.J.: “Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy”. *Stanford Law Review*, Vol. 53, 2001, p. 1452; FROOMKIN, M.: “The Death of privacy...*op.cit.*”, p.1465; y CALO, M.R.: “The Boundaries of Privacy Harm”, *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2011, p. 1149.

¹³⁵¹ En este sentido se ha pronunciado recientemente Balkin: “*People are not very good at privacy management; they do not understand the cumulative effects of their agreements to allow collection, analysis, use, and sale of information about them*”. *Vid.* BALKIN, J. M.: “Information fiduciaries and the first amendment”, *University of California- Davis Law Review*, Vol. 49, núm. 4, 2016, p. 1200.

¹³⁵²

¹³⁵³ SAMUELSON, P.: “Privacy as Intellectual Property?” *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, p. 1138.

utilice para otros fines”¹³⁵⁴. Schwartz, al examinar el tema en detalle, advierte, efectivamente, de los problemas inherentes a la libre alienabilidad de este tipo de propiedad tan particular, siendo uno de los relevantes el hecho de que una visión integral de la información personal como propiedad privada tiene como consecuencia la imposibilidad de la persona de limitar a terceros el uso o la transferencia de esta información, una vez que este la ha cedido¹³⁵⁵. No obstante, no descalifica la visión de los datos personales desde presupuestos de titularidad y, por ello, él mismo propone una teoría de “alienabilidad híbrida”¹³⁵⁶, compuesto de cinco elementos necesarios para que una visión propietaria de la información personal funcione, a pesar de los riesgos inherentes a la misma, permitiéndoles a las personas mantener el control sobre el intercambio de sus propios datos personales y limitando el uso futuro de los mismos por terceros¹³⁵⁷.

Llegados a este punto es fácil entender la confusión en cuanto a una concepción, y todavía más, a una definición uniforme del derecho al olvido digital y los problemas en cuanto a su aplicación, en suelo jurídico americano, pues, según se entienda jurídicamente, abre la puerta a objeciones de distinta índole, y, por ende, a una viabilidad ambivalente en este ordenamiento jurídico.

3.2. El liberalismo americano: la necesidad de una innovación tecno-digital y un mercado libre de injerencias

El rechazo genérico o parcial a la doctrina del “excepcionalismo de Internet”¹³⁵⁸ naturalmente explica, en parte, la supracitada reticencia al otro lado del charco. Los defensores de la idea, en virtud de la cual el control o la regulación de la red Internet resulta imposible o, cuando menos, improcedente, los llamados ‘ciberlibertarios’, argumentan que la Red de internet debe ser independiente¹³⁵⁹ y que las personas, colectivos y empresas deberían tener plena libertad de actuación digital sin injerencia

¹³⁵⁴ *Id.*

¹³⁵⁵ SCHWARTZ, P.M.: “Property, Privacy, and Personal Data”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2003, p. 2090.

¹³⁵⁶ *Id.* p. 2094.

¹³⁵⁷ Para un análisis exhaustivo de sus propuestas, *Id.* p. 2095-2125.

¹³⁵⁸ THIERER, A. y SZOKA, B.: “Cyber-Libertarianism: The Case for Real Internet Freedom”, *Technology Liberation Front*, 12-8-2009. Disponible en: <https://techliberation.com/2009/08/12/cyber-libertarianism-the-case-for-real-internet-freedom/>

¹³⁵⁹ PERRY BARLOW, J.: *Declaration of Independence of Cyberspace*. Disponible en: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>

regulatoria estatal alguna¹³⁶⁰: “no le corresponde a los reguladores gubernamentales determinar la correcta ponderación de los intereses en juego pues los consumidores son capaces de decidirlo por sí mismos” (traducción propia)¹³⁶¹. Esta suerte de *laissez-faire* virtual, dentro de la religión del “internetcentrismo”¹³⁶², está indudablemente anclada en el liberalismo americano y sus propias objeciones al estado paternalista¹³⁶³ y proteccionista¹³⁶⁴. Si bien algunos ‘anti-excepcionalistas’¹³⁶⁵ autoproclamados rechazaron en su momento que las aproximaciones jurídicas y soluciones para los retos de las nuevas tecnologías solo podían realizarse utilizando nuevos marcos y estructuras, no necesariamente dudaban del carácter ‘excepcional’ del Internet¹³⁶⁶.

Por ello, en lo que se refiere a un derecho al olvido digital, aquellos que abogan por el interés histórico preservado por nuestro “legado digital”, rechazan argumentos de los que abogan por forzar el olvido en la Red:

“Gracias al almacenamiento barato y al copiado fácil, nuestras almas digitales tienen el potencial de ser verdaderamente inmortales. Pero, ¿realmente queremos que todo lo que hemos hecho en línea (comentarios irreflexivos, fotos o hábitos de navegación vergonzosos) se conserven para la posteridad? Una escuela de pensamiento, los ‘conservacionistas’, cree que se lo debemos a nuestros descendientes. Otro, los ‘eliminativos’, piensan que es vital que Internet aprenda a

¹³⁶⁰ Entre los que también podemos incluir a TOFFLER, A.: *The Third Wave*, Morrow, 1980; DE SOLA POOL, I.: *Technologies of Freedom*, Harvard University Press, Harvard, 1983; HUBER, P.W.: *Law and Disorder in Cyberspace: Abolish the FCC and Let Common Law Rule the Telecom*, Oxford University Press, Oxford, 1997; GILDER, G.: *Telecom: How Infinite Bandwidth Will Revolutionize Our World*, The Free Press, New York, 2000.

¹³⁶¹ GORDON CROVITZ, L.: *Get Used To It—The Internet Is Forever*, Nov. 10, 2010. Disponible en: <https://nationalpost.com/full-comment/l-gordon-crovitz-embargoed-til-tuesday>

¹³⁶² MOROZOV, E.: *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, PublicAffairs, Nueva York, 2014, p. 62.

¹³⁶³ Vid. NOZICK, R., como máximo exponente del estado mínimo en *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Book, New York, 1974; en *The Nature of Rationality*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1993; y en *Invariances: The Structure of the Objective World*, Belknap Press, Cambridge-MA-, 2001.

¹³⁶⁴ FARRELL, H., y NEWMAN, A.: “The Transatlantic Data War”, *Foreign Affairs* (Feb. 2016). Disponible en:

<https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2015-12-14/transatlantic-data-war>

¹³⁶⁵ GOLDSMITH, J. y WU, T.: *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

¹³⁶⁶ WU, T.: “Is Internet Exceptionalism Dead?”, en SZOKA, B. y MARCUS, A. (Eds) *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, TechFreedom, Washington D.C., 2010, p.182. Una posible traducción podría ser: “No cabe duda de que el Internet, soberano en y sobre sí mismo, es una excepción real al sistema jurídico [...] no podemos dudar de que las ‘Redes de redes’ han cambiado drásticamente la forma en que nos comunicamos. Desde el punto de vista tecnológico y teniendo en cuenta sus efectos sobre el comercio, la cultura y la política, Internet aparece, en cualquiera de los casos, como una excepción, muy diferente del resto de sistemas de comunicación masiva que han operado, ya sea el teléfono, la radio o la televisión”.

olvidar. Estos dos grupos se dirigen a una lucha por el futuro de Internet, y el destino de su alma digital está en juego”¹³⁶⁷.

Precisamente por la universalidad, ubicuidad y omnipresencia de las NTIC en la vida cotidiana, la rehabilitación informativa y la posibilidad de empezar desde cero, que constituía la premisa inicial del americanismo, se han convertido en presupuestos fácilmente superados por otros intereses y valores considerados ‘fundamentales’¹³⁶⁸, como han sido la libertad de expresión, el acceso a la información y el progreso o desarrollo económico. Este último interés lo extraemos de las declaraciones de académicos e historiadores como Whitman (“*The key identity for Americans, is, as so often, the consumer sovereign*”¹³⁶⁹) y Hughes (“*Technology linked to mass consumption is a modern American hallmark*”¹³⁷⁰). Este *laissez-faire* económico, anclado en el respeto de las fuerzas del mercado y los beneficios de la libre competencia ha creado un “mercado de la privacidad”, constituido principalmente por el flujo e intercambio de datos libre de restricciones: son los propios usuarios los que deberían poder elegir vender o comprar su privacidad y son las propias empresas las primeras interesadas en asegurar un buen modelo de privacidad, libres de la presión regulatoria o normativa, y funcionar con arreglo a las fuerzas monopolísticas¹³⁷¹. Hay que tener presente también que no son pocos los autores que inciden en los beneficios socio-económicos del intercambio de información, y por tanto, rechazan cualquier mecanismo que constituya un obstáculo para su desarrollo

¹³⁶⁷ PAUL-CHOUDHURY, S.: “Digital legacy: The fate of your online soul”, *New Scientist*, 19-04-2011. Disponible en: <https://www.newscientist.com/article/mg21028091-400-digital-legacy-the-fate-of-your-online-soul/>

¹³⁶⁸ BALLON, I.: *E-Commerce and Internet Law. Treatise with Forms* 2d, Thomson Reuters West 2018

¹³⁶⁹ WHITMAN, J.Q.: “Consumerism Versus Producerism”, *Yale Law Journal*, Vol. 117, 2007, pp. 398-400.

¹³⁷⁰ HUGHES, T.P.: *American Genesis: A Century of Innovation and Technological Enthusiasm* (1870–1970), University of Chicago Press, Chicago, 1989, p.471.

¹³⁷¹ Las ventajas e inconvenientes de reconocer un “Mercado de la privacidad”, las explica SIPE, M.: “The Market for Privacy”, *Yale Journal of Law & Technology Blog*, 2018. Disponible en: <https://yjolt.org/blog/market-privacy>. Nos señala, así, que existe jurisprudencia a favor del mismo: “*el asunto Estados Unidos v. Warshak [631 F.3d 266 (6th Cir. 2010)] sugiere que si se desarrollara un mercado en el que los proveedores de servicios de Internet garantizaran diferentes niveles de privacidad, los tribunales estarían dispuestos a respetar esas diferencias e inferir diferentes expectativas razonables de privacidad para cada proveedor*”. Por el contrario, nos explica que aunque se aceptara la enajenación de los derechos personalísimos en la red, esto plantearía toda una serie de problemas todavía más graves: “*de distribución [y, por tanto, de discriminación] [...] aquellos con mayor riqueza podrán obtener más privacidad, y aquellos con menos riqueza tendrán que prescindir [de la misma] [...] En la medida en que la vigilancia se utilice para publicidad dirigida o manipulación comportamental, el efecto sería una explotación aún mayor de los grupos vulnerables [...] amenazaría el discurso político y la disidencia [...] Si las salvaguardias de privacidad fluctúan con los caprichos del mercado, el discurso democrático fluctuará con cada auge del ciclo económico [...]”*”.

en la era del mercado de las ideas¹³⁷² y los datos¹³⁷³. Para muchos, los datos personales son un mero producto¹³⁷⁴, pero en el marco de una relación simbiótica mutualista: “*la información personal es un producto más del mercado y la prosperidad humana se fomenta cuando las preferencias y posibilidades de intercambio de información se ven maximizadas*”¹³⁷⁵. La propia Casa Blanca, en su informe del 2012 sobre la protección de los datos personales de los consumidores en un mundo interconectado, hizo especial hincapié en la retroalimentación y beneficios mutuos del uso masivo de la información personal y la importancia de conservarla de forma segura para el progreso socio-económico:

“La privacidad es mucho más que la soledad o la confidencialidad. Aquellos que consideran que sus datos están protegidos de abusos o de usos indebidos, se sienten suficientemente confiados para participar libremente en el mercado, en los procesos políticos o para buscar aquello que necesitan [...] [además] los datos de carácter personal fomentan un mercado publicitario personal, que, a su vez, proporciona numerosos servicios y contenidos, de manera gratuita, a los consumidores” (traducción propia)¹³⁷⁶.

Todo ello explica, por ejemplo, la aplastante mayoría de votos, tanto en la Cámara de Representantes de los EE.UU como en el Senado, en contra de limitar la comercialización de datos relativos al historial de búsqueda de los usuarios por parte de los proveedores de Internet; la limitación la había impuesto la Comisión Federal de Comunicaciones (“FCC”, por sus siglas en inglés), pero sus efectos fueron revocados por la resolución conjunta¹³⁷⁷

¹³⁷² BAKER, E.C.: *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, New York, 1989, pp. 3-5; TESIS, A.: “Marketplace of Ideas, Privacy, and Digital Audiences”, *Notre Dame Law Review*, 2018.

¹³⁷³ WALKER, K. “Where Everybody Knows Your Name: A Pragmatic Look at the Costs of Privacy and the Benefits of Information Exchange”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 2, n. 1, 2000, p. 1: “*la privacidad, interpretada como la ocultación de información de carácter personal a terceros, impide el disfrute de todo lo que la sociedad y el mercado nos ofrece [...] [por lo que cabe] hacer hincapié en las siempre crecientes ventajas individuales y colectivas del intercambio de información*” (traducción propia).

¹³⁷⁴ Vid., por todos, SCHWARTZ, P.M.: “Property, Privacy, and Personal Data”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2003, pp. 2125-2126; RICHARDS, N.M.: “Reconciling Data Privacy and the First Amendment, University of California”, *Los Angeles Law Review*, Vol. 52, 2005, pp. 1169-1173; y GHOSH, S.: “Informing and Reforming the Marketplace of Ideas. The Public-Private Model for Data Production and the First Amendment”, *University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series*, núm. 2, 2012, p. 1189.

¹³⁷⁵ SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law...*op.cit.*”, p. 132.

¹³⁷⁶ White House Report: *Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy*, White House, Washington D.C., 2012. Disponible en: <https://www.hsdl.org/?abstract&did=700959>

¹³⁷⁷ Vid. S.J.Res.34 - A joint resolution providing for congressional disapproval under chapter 8 of title 5, United States Code, of the rule submitted by the Federal Communications Commission relating to

de las cámaras legislativas y la firma del ejecutivo¹³⁷⁸. Al contrario que en el sistema europeo, en los EE.UU siempre se ha valorado más la posibilidad de divulgar e intercambiar información que la posibilidad de ocultarla, siendo en parte, fundamentada por el reconocimiento estadounidense de que así se articula un mercado de las ideas, indispensable para el mantenimiento de la democracia¹³⁷⁹ y un mercado libre de injerencias, respaldado por el progreso económico.

La concepción estadounidense, al contrario que la europea, sitúa a la privacidad informativa en el contexto del mercado (el llamado *marketplace discourse*) cimentado sobre el principio de libre circulación e intercambio de información¹³⁸⁰ y por tanto, la protege sólo cuando así está previsto por ley federal o estatal, en circunstancias muy concretas. Así, resulta que la privacidad informativa no es un derecho genérico, sino uno garantizado a la persona en el marco de sus relaciones, como consumidor¹³⁸¹. Como han dicho algunos “*al otro lado del Atlántico las garantías para la información personal de los ciudadanos se abordan básicamente como un componente más de las relaciones entre empresas y consumidores*”¹³⁸². Esto se ve reflejado en muchas de las leyes federales sectoriales referenciadas en el apartado anterior que protegen la privacidad en el marco de esta relación jurídica especial: al solicitar un crédito, participar en transacciones financieras, al visualizar contenidos audiovisuales, al contratar servicios en el ámbito sanitario o asegurador¹³⁸³, entre otros. Al contrario que el enfoque europeo de protección de datos basado en los derechos humanos, la privacidad americana, reducida a la privacidad de datos del consumidor, busca la conciliación entre la innovación tecnológica y la protección del consumidor ante potenciales deficiencias del mercado en su perjuicio¹³⁸⁴. Gracias a cierto consenso, la protección de los datos personales (aunque

"Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services" de 3 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-joint-resolution/34>

¹³⁷⁸ El Presidente Trump la firmó al día siguiente, convirtiéndola en Public Law No: 115-22 y dejando sin efectos la norma del FCC.

¹³⁷⁹ MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 57.

¹³⁸⁰ SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law...*op.cit.*”, p. 135.

¹³⁸¹ SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law...*op.cit.*”, p. 136: “*information privacy law conceives privacy interest protections as being embedded within specific marketplaces and specific consumer relationships*”.

¹³⁸² RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L.: “Relaciones asimétricas”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, p. 1.

¹³⁸³ Así es el caso de la Ley de Informes de Crédito Justos, la Ley Gramm-Leach-Bliley de Modernización de los Servicios Financieros, la Ley de protección de la privacidad en vídeo o Ley de Transferibilidad y Responsabilidad del Seguro Sanitario, respectivamente, en las que no se hace referencia a la persona o el cliente y su interés en la protección de sus datos o intimidad, sino como “consumidor”, y por tanto, parte contratante, del correspondiente servicio.

¹³⁸⁴ SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law...*op. cit.*”, p. 137.

sea principalmente en el contexto de la práctica civil-mercantil en el entorno digital) ha sido avalada por un régimen de autorregulación articulado de conformidad con las pautas de la Comisión Federal del Comercio (“FTC”, por sus siglas en inglés), como la agencia independiente estatal destinada a proteger a los consumidores y evitar prácticas que atenten contra la libre competencia. Aunque se ha defendido que la FTC ha ido ofreciendo, gradualmente, un cuerpo federal normativo garante de la privacidad, siendo este lo más parecido a la regulación general europea, en realidad se ha decantado por un método ascendente en vez de descendente¹³⁸⁵.

En el contexto de la privacidad informativa, es de obligada referencia el régimen que esta agencia ha impuesto sobre las empresas en materia de notificación y obtención del consentimiento (conocido como *Notice and Choice/Consent*) fundamentada, desde sus orígenes en la transparencia a través de la revelación de información (*disclosure*)¹³⁸⁶ y en la adopción de prácticas leales en la recogida, almacenamiento, tratamiento, intercambio y seguridad de los datos personales de sus consumidores-usuarios (*Fair Information Practices*)¹³⁸⁷. Aun así, la eficacia¹³⁸⁸ de este tipo de regulación ha sido fuertemente cuestionada por gran parte de la doctrina estadounidense¹³⁸⁹, ya no sólo por su errónea o insuficiente implementación, sino por las dificultades de comprensión por parte del consumidor, parte débil, vulnerable, y por tanto, más afectada¹³⁹⁰. A esto se le suma la supracitada reticencia a mermar la innovación tecno-económica o a restringir el mercado

¹³⁸⁵ SOLOVE, D.J., y HARTZOG, W.: “The FTC and the New Common Law of Privacy...*op.cit.*”, p. 676

¹³⁸⁶ *Vid.*, a este respecto, BEN-SHAHAR, O., y SCHNEIDER, C.E.: *More than you Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton –Nueva Jersey, 2014; y Bar-Gill, O.: *Seduction by Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

¹³⁸⁷ La lógica detrás del *disclosure* reside en promover la competencia a través de la guerra de quién ofrece mejores garantías para salvaguardar la privacidad en línea; manteniendo al mismo tiempo la ventaja de la libre elección por parte de los consumidores.

¹³⁸⁸ Para algunos más que evidente: REIDENBERG, J.R., RUSSELL, N.C., CALLEN, A., QASIR, S., y NORTON, T.: “Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 11, 2015, pp. 485-512.

¹³⁸⁹ *Vid.* Por ejemplo, GELLMAN, R. y DIXON, P.: “Many Failures: A Brief History of Privacy Self-Regulation in the United States”, *World Privacy Forum*, 2011, pp. 1-29. Disponible en: <http://www.worldprivacyforum.org/wp-content/uploads/2011/10/WPFselfregulationhistory.pdf> ; CALO, R.: “Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere)”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 87, núm. 3, 2013, pp. 1027-1072; y MARTIN, K.E.: “Transaction Costs, Privacy, and Trust: The Laudable Goals and Ultimate Failure of Notice and Choice to Respect Online Privacy”, *First Monday*, Vol. 18, núm. 12, 2013, disponible en: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/4838/3802>.

¹³⁹⁰ Se han llevado a cabo numerosos estudios precisamente en esta materia, demostrando que no sólo es complicado entender los términos de privacidad y del uso de los datos personales al contratar un servicio, sino que además es materialmente imposible leerlos todos en un plazo razonable de tiempo. En este sentido, *vid.* MCDONALD, A.M. y CRANOR, L.F.: “The Cost of Reading Privacy Policies”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 4, núm. 3, 2008, pp.543-568 que estimaron que un usuario cualquiera tardaría una media de 244 horas al año para leer todas las políticas y términos de privacidad si solo entrara en una página web al mes, resultando un coste económico de unos 3.534 dólares al año.

y la presión de los gigantes tecnológicos, cuestiones aparentemente apartidistas si miramos, por ejemplo, las críticas de la Administración Obama hacia las investigaciones iniciadas contra Facebook y Google conforme al Derecho de la Competencia de la UE¹³⁹¹ o la derogación de las normas pro-privacidad en otros sectores digitales en el caso de la Administración Trump¹³⁹²; todo lo cual podría indicar una señal de la identidad constitucional estadounidense.

En lo que a un derecho al olvido digital se refiere, conviene, no obstante, al menos examinar las directrices regulatorias más recientes, incluido el *Informe de la Comisión Federal del Comercio de 2012 al Congreso sobre la Protección de la Privacidad del Consumidor en una Era Cambiante*¹³⁹³ y la *Propuesta de la Casa Blanca para una Carta de Derechos del Consumidor del 2012*¹³⁹⁴ (que se convirtió, en el 2015, en el *Proyecto de ley [fallido] sobre los Derechos del Consumidor*¹³⁹⁵). En todas ellas se hizo especial hincapié en la necesidad de adoptar políticas de privacidad y prácticas simplificadas y justas en materia de notificación y consentimiento de los usuarios, con el fin último de garantizar un control efectivo sobre qué se hace con sus datos personales. Concretamente, el informe de la Comisión Federal del Comercio es de especial interés en tanto en cuanto proviene de lo más parecido que tiene los EE. UU. a un organismo independiente de protección de datos (el autoproclamado “*patrullero al servicio de la privacidad*”¹³⁹⁶);

¹³⁹¹ Vid. la entrevista con el entonces Presidente de los EE. UU., en SWISHER, K. “White House. Red Chair. Obama Meets Swisher”, *RE/CODE*, 15-02-2015. Disponible en: <http://www.recode.net/2015/2/15/11559056/white-house-red-chair-obama-meets-swisher>

¹³⁹² Por ejemplo, la derogación (vía el procedimiento de revisión parlamentario) de las normas que la Comisión Federal de Comunicaciones adoptó en el 2016 relativas a garantizar la privacidad en el marco de la prestación de servicios de acceso a Internet (con consiguientes obligaciones para los proveedores de servicios de Internet) S.J.Res.34 - A joint resolution providing for congressional disapproval under chapter 8 of title 5, United States Code, of the rule submitted by the Federal Communications Commission relating to "Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services". Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-joint-resolution/34/text> Desde entonces se referencia como *Public Law No: 115-22 (04/03/2017)*.

¹³⁹³ Disponible en: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>

¹³⁹⁴ Una suerte de código voluntario de conducta centrado en garantizar la transparencia, seguridad, limitación, acceso y exactitud de los datos personales recogidos y tratados. Disponible en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>. Para un resumen del mismo, *vid.* <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/02/23/fact-sheet-plan-protect-privacy-internet-age-adopting-consumer-privacy-b>

¹³⁹⁵ Disponible en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/legislative/letters/cpbr-act-of-2015-discussion-draft.pdf> La propuesta legislativa no tuvo éxito por la fuerte presión y crítica por parte de los defensores de la privacidad (que consideraban que el texto contenía demasiadas lagunas jurídicas) así como por las empresas tecnológicas, que argumentaban que este imponía obligaciones desproporcionadas al sector.

¹³⁹⁶ Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2017/04/your-cop-privacy-beat>

algunos la llaman la “autoridad *de facto* de protección de datos”¹³⁹⁷. Esta agencia, en la práctica, se encarga de proteger la privacidad en el marco de ciertas relaciones horizontales especiales que implican un tratamiento de datos de carácter personal. En el supracitado informe, encontramos numerosas referencias a un derecho de supresión de información personal, entre las que cabe destacar su potencial uso en el marco de la privacidad por diseño de conformidad con los principios de la OCDE sobre la limitación del tratamiento y la calidad de los datos¹³⁹⁸, en el marco de la retención de datos y de las redes sociales¹³⁹⁹ y en el marco de datos personales especialmente sensibles¹⁴⁰⁰. Esta agencia independiente también contempla una puerta digital al olvido con respecto a la accesibilidad del público en general para visualizar ciertos contenidos por decisión propia del interesado (*eraser button*¹⁴⁰¹), y, sobre todo, en el caso de menores, al compartir datos personales en la Red¹⁴⁰². Aunque ninguna prosperó en su momento, las medidas se propusieron para consagrar la privacidad informativa del consumidor como un verdadero derecho, otorgándole mayor control sobre sus datos personales, con la consiguiente

¹³⁹⁷ SOLOVE, D.J., y HARTZOG, W.: “The FTC and the New Common Law of Privacy...*op. cit.*, p. 600.

¹³⁹⁸ *Supra cit.* 178, pp. 23-24: “*the proposed ‘right to be forgotten’ in the final framework, which calls on companies to (1) delete consumer data that they no longer need and (2) allow consumers to access their data and in appropriate cases suppress or delete it*” (énfasis nuestro).

¹³⁹⁹ *Id.*, pp. 27-29: “*Similarly, recognizing the sensitivity of data such as a particular consumer’s real time location, companies should take special care to delete this data as soon as possible, consistent with the services they provide to consumers [...] Trade associations and self-regulatory groups also should be more proactive in providing guidance to their members about retention and data destruction policies. [...] the Commission generally supports the exploration of efforts to develop additional mechanisms, such as the “eraser button” for social media discussed below, to allow consumers to manage and, where appropriate, require companies to delete the information consumers have submitted*” (énfasis nuestro).

¹⁴⁰⁰ *Id.*, pp. 59-60 y 66: “*Given the general consensus regarding information about children, financial and health information, Social Security numbers, and precise geolocation data, the Commission agrees that these categories of information are sensitive. [...] In order to minimize the potential of collecting any data – whether generally recognized as sensitive or not – in ways that consumers do not want, companies should implement all of the framework’s components. In particular, a consumer’s ability to access – and in appropriate cases to correct or delete – data will allow the consumer to protect herself when she believes the data is sensitive but others may disagree [...] all companies should consider shorter retention periods for teens’ data [...] The Commission also supports access and deletion rights for teens, as discussed below [...] The FCRA recognizes the sensitivity of the data that consumer reporting agencies maintain and the ways in which various entities use it to evaluate whether a consumer is able to participate in so many activities central to modern life [...] When consumers identify information in their report that is incomplete or inaccurate, and report it to a consumer reporting agency, the agency must investigate and correct or delete such information in certain circumstances*” (énfasis nuestro).

¹⁴⁰¹ A propósito de esto, conviene traer a colación, aunque se analizará detenidamente en el apartado 5.4.3.A, que, en el estado de California, este botón de borrado de datos personales ya existe para menores de 18 sobre la información que hayan proporcionado o divulgado durante su minoría de edad.

¹⁴⁰² *Id.*, pp. 70-71: “*The Commission generally supports exploration of the idea of an “eraser button,” through which people can delete content that they post online. Many companies already offer this type of feature, which is consistent with the principles of data access and suppression. Such an “eraser button” could be particularly useful for teens who might not appreciate the long-term consequences of their data sharing. Teens tend to be more impulsive than adults and, as a result, may voluntarily disclose more information online than they should, leaving them vulnerable to identity theft or adversely affecting potential employment or college admissions opportunities*” (énfasis nuestro).

imposición a los responsables del tratamiento de una serie de obligaciones tendentes a garantizarlo, incluyendo un potencial derecho al olvido.

A pesar de que, con el cambio de gobierno, la Administración Trump descartó rápidamente los supracitados documentos¹⁴⁰³, al año, ante el escándalo de *Facebook-Cambridge Analytica*¹⁴⁰⁴ y las últimas intromisiones sin precedentes en el ámbito de la privacidad en la Red¹⁴⁰⁵, se han presentado nuevas propuestas a favor de una privacidad informativa en el ámbito del consumo, inspirándose en las posiciones comunes de las referidas directrices. La primera de ellas, oficialmente desarrollada como propuesta legislativa, está orientada a garantizar la seguridad de los datos personales y a asegurar el consentimiento y la notificación cuando estos se recopilen, se utilicen o se compartan por empresas que prestan sus servicios en línea¹⁴⁰⁶. La segunda, plasmada en un artículo de opinión¹⁴⁰⁷, establece una *Carta de Derechos en Internet* sobre la que descansan toda una serie de principios tendentes a garantizar la protección de los datos personales y la neutralidad de la red. Ambas iniciativas han pretendido instaurar mecanismos para que los consumidores tengan mayor control sobre los datos personales que les conciernen (*personally identifiable information*), entendiendo esta como “cualquier información

¹⁴⁰³ KAYE, K.: “New Privacy Report Already Removed from White House Site”, *Ad-Age*, 20-1-2017. Disponible en: <https://adage.com/article/privacy-and-regulation/privacy-report-removed-white-house-site/307632/>

¹⁴⁰⁴ REARDON, M.: “Senate Dems introduce 'privacy bill of rights'. The lawmakers say the legislation would protect the personal data of American consumers in the wake of the Facebook-Cambridge Analytica scandal”, *C-Net*, 10-4-2018. Disponible en: <https://www.cnet.com/news/senate-dems-introduce-privacy-bill-of-rights/>

¹⁴⁰⁵ Vistas “las avalanchas de atentados contra la privacidad por Facebook y otras empresas digitales” que han superado el umbral de inaceptabilidad, y han hecho necesario legislación pro-privacidad haciendo del “consentimiento la ley suprema” en materia de consumo. Disponible en: <https://www.markey.senate.gov/news/press-releases/as-facebook-ceo-zuckerberg-testifies-to-congress-senators-markey-and-blumenthal-introduce-privacy-bill-of-rights>. Por su supuesto, el senador se refería a incidentes tales como el fallo de seguridad de *Equifax* en el 2017 que ocasionó la filtración de miles de millones de datos personales de sus usuarios (cuentas de correo, números de seguridad social, de tarjetas de crédito y otros datos de carácter personal (<https://www.consumer.ftc.gov/blog/2017/09/equifax-data-breach-what-do>), los ataques cibernéticos consecutivos del gigante *Yahoo* (<https://www.nytimes.com/2017/10/03/technology/yahoo-hack-3-billion-users.html>), la filtración de datos personales de carácter especialmente sensible de votantes estadounidenses por parte de *Deep Root Analytics* (<https://gizmodo.com/gop-data-firm-accidentally-leaks-personal-details-of-ne-1796211612>), así como el intento de *Uber* en ocultar la recompensa pagada a los responsables de un ciberataque que afectó a cincuenta y siete mil cuentas (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-11-21/uber-concealed-cyberattack-that-exposed-57-million-people-s-data>), por nombrar algunos de los más sonados.

¹⁴⁰⁶ *Customer Online Notification for Stopping Edge-provider Network Transgressions (Consent) Act*, 115th Congress, Second Session, 2018. Disponible en: <https://www.markey.senate.gov/imo/media/doc/CONSENT%20Act%20text.pdf>

¹⁴⁰⁷ A pesar de ello, el partido democrático ya ha confirmado su materialización legislativa futura. *Vid.* SWISHER, K.: “Introducing the Internet Bill of Rights. Democrats promise that if they win back the House, they will start regulating Silicon Valley”, *New York Times*, 4-10-2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/10/04/opinion/ro-khanna-internet-bill-of-rights.html>

vinculada o razonablemente vinculada a una persona concreta”, así como aquellos datos personales especialmente sensibles (*sensitive customer proprietary information*), entre los que incluye, en su lista abierta, los datos financieros, de la salud, de la seguridad social, los relativos a menores, geolocalización, comunicaciones electrónicas o telefónicas y el historial de navegadores o aplicaciones¹⁴⁰⁸. Del mismo modo, sistemáticamente la FTC ha intentado señalar el daño potencial de la recopilación y retención indebida de información, en algunos casos incluso solicitando que la empresa borre o se abstenga de seguir tratando cierta información personal, independientemente de si la normativa objeto de análisis fuera la COPPA o no¹⁴⁰⁹.

Tanto el liberalismo económico con su preferencia por la autorregulación en lugar de la intervención estatal, como el enfoque normativo de la privacidad orientado al mercado, por tanto, explican, por qué el ordenamiento jurídico estadounidense privilegia los intereses de los responsables y procesadores del tratamiento de datos, como agentes principales de la economía y la innovación, por encima de los intereses de privacidad de los consumidores. Como hemos visto, las empresas y los organismos estatales tienen una obligación de notificar a los consumidores o usuarios de sus políticas de privacidad, qué información personal se recopila, se trata o se intercambia con terceros y qué medidas de protección y seguridad de los datos personales se implementan. La consecuencia parece ser un alto grado de potencial conocimiento sobre el uso que se hace de los datos de carácter personal, pero no existen, a día de hoy, garantías reales sobre la posibilidad de controlar, de manera efectiva, entre otros, su grado de accesibilidad. Por añadidura, cabe recordar que la FTC tiene una competencia rigurosamente definida, y por tanto, su normativa tiene un ámbito limitado de aplicación en el marco del derecho de la

¹⁴⁰⁸ *Consent Act...op.cit.*, pp.3-4. También recogido en una propuesta legislativa del año anterior en el Congreso titulada *Balancing the Rights Of Web Surfers Equally and Responsibly (Browser) Act*, 115th Congress, 1st Session, 2017. Disponible en: <https://www.congress.gov/115/bills/hr2520/BILLS-115hr2520ih.pdf>

¹⁴⁰⁹ SOLOVE, D.J., y HARTZOG, W.: “The FTC and the New Common Law of Privacy...*op.cit.*, pp. 616-617: “*The requirement to delete wrongfully collected information is almost always included in settlements involving violations of COPPA. (E.g., United States v. Artist Arena, LLC, No. 1:12-cv-07386-JGK, at 4 (S.D.N.Y. Oct. 3, 2012), [...] (ordering respondent to “delete all personal information collected and maintained” in violation of COPPA). Yet non-COPPA-related defendants, particularly those accused of collecting personal information through generally deceptive means or “inducement,” have also agreed to delete wrongfully obtained consumer data (In re Aspen Way Enters., Inc., FTC File No. 112 3151, No. C-4392, at 6 (F.T.C. Sept. 25, 2012) (consent order) [...] (enjoining respondent from “using, in connection with collecting or attempting to collect a debt, money, or property pursuant to a covered rent-to-own transaction, any information or data obtained” and ordering respondent to “[d]elete or destroy all user data previously gathered using any monitoring or geophysical location tracking technology”)*”.

competencia¹⁴¹⁰. Todo ello hace, en la práctica, muy difícil concebir un derecho al olvido, materializado en el control y la decisión sobre qué información personal se mantiene accesible en la Red y cuál se solicita sea eliminada.

3.3. La hegemonía de la libertad de expresión y los miedos a la censura

3.3.1. El estado de la cuestión en las grandes líneas jurisprudenciales estadounidenses

Se podría argumentar que, en la actualidad, observamos un paulatino cambio de mentalidad social, y por ende, de paradigma jurídico, con tímidos brotes e iniciativas encaminadas a garantizar unos estándares mínimos de reconocimiento y protección de los datos personales y la privacidad en la Red. Desde 2014, observamos como a una amplia mayoría de los estadounidenses encuestados les preocupa la falta de control sobre sus propios datos personales¹⁴¹¹, consideran muy importante poder decidir qué información está disponible a terceros y quiénes tienen acceso a la misma¹⁴¹², y desconfían de la protección otorgada por las instituciones públicas y las empresas digitales¹⁴¹³. Precisamente la *Carta de Derechos en Internet* contaría con un principio que permitiría a los consumidores “*obtener, corregir o eliminar datos personales en poder de las empresas cuando no se adecue al contexto*”, lo que podría convertirse, si esto llegara a la vía legislativa, en la semilla de un derecho al olvido digital a nivel federal¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ Su normativa se aplica a industrias y empresas contempladas en su ley orgánica y reglamento interno, y sólo cuando esta tenga la finalidad de prevenir “actos y prácticas desleales, engañosas o cuando afecten al comercio”, y no suele considerar actos desleales o engañosos cuando proporciona un aviso de notificación o consentimiento sobre la política de privacidad y del uso de datos de carácter personal. Sobre este último punto, *vid.* SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law...*op.cit.*”, pp. 149-155. Por lo tanto, por un lado, no protege, en la práctica, a todo consumidor, y, por otro, su protección se ve bloqueada en casos en los que el propio consumidor ha “consentido” al tratamiento de sus datos personales. Para un análisis exhaustivo, *vid.* SOLOVE, D.J., y HARTZOG, W.: “The FTC and the New Common Law of Privacy...*op.cit.*”, pp. 601-604.

¹⁴¹¹ Más de un 90% de los encuestados creen haber perdido el control sobre la información personal que les concierne en poder de las empresas y les preocupa la falta de exactitud de la misma según MADDEN, M.: “Public Perceptions of Privacy and Security in the Post-Snowden Era”, *Pew Research Center Survey*, 2014, p. 3. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/2014/11/12/public-privacy-perceptions/>

¹⁴¹² RAINIE, L.: “The state of privacy in post-Snowden America”, *Pew Research Center Survey*, 2016. Disponible en <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/09/21/the-state-of-privacy-in-america/>

¹⁴¹³ La mayoría de los estadounidenses encuestados (64%) ha experimentado al menos una brecha de seguridad y consecuente filtración de datos personales según OLMSTEAD, K., y SMITH, A.: “Americans and Cybersecurity”, *Pew Research Center Survey*, 2017, pp. 8-12. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/wp-content/uploads/sites/9/2017/01/Americans-and-Cyber-Security-final.pdf>

¹⁴¹⁴ Así nos lo confirma SWISHER, K.: “Introducing the Internet Bill of Rights...*op.cit.*”: “*The third principle moves into a dicier area: the right to obtain, correct, or delete personal data controlled by any company. In Europe, this idea has manifested as the controversial ‘right to be forgotten’ laws, which*

No obstante lo anterior, una consagración explícita de un derecho al olvido digital a lo europeo se ve paradójicamente rechazada por la opinión mayoritaria estadounidense, tanto a nivel académico como político y social¹⁴¹⁵, percibiéndolo como un posible obstáculo para la realización efectiva de las libertades informativas (específicamente la libertad de expresión¹⁴¹⁶), como una forma ilegítima de censura¹⁴¹⁷ y como mutación de la historia¹⁴¹⁸. Se ha llegado a llamar al derecho al olvido como el “*mayor enemigo de la primera enmienda*”, “*un insulto*”¹⁴¹⁹ para la misma, y manifiestamente contrario a los valores estadounidenses debido a sus efectos adversos sobre la libre expresión¹⁴²⁰ y el derecho a la información¹⁴²¹. De manera resumida, esto se fundamenta sobre la base de que:

“en la práctica, ha dado lugar a la censura de información relevante y de interés público. Ha puesto en peligro la libertad de expresión al permitir el borrado de noticias y artículos de prensa, y ha obstaculizado el desarrollo de los medios de comunicación al permitir la eliminación de contenidos del dominio público digital” (traducción propia)¹⁴²².

wouldn't fly here because of First Amendment issues, and also to prevent anyone from removing information that is merely critical. Mr. Khanna added a caveat that covers a lot of sins: “where context appropriate and with a fair process”.

¹⁴¹⁵ Un estudio cuantitativo interesante lo desarrollan BODE, L. y JONES, M.J. “Ready to forget: American attitudes toward the right to be forgotten”, *The Information Society*, Vol. 33, núm. 2, 2017, pp. 76-85.

¹⁴¹⁶ Según el informe de 2016 del Centro de la Primera Enmienda, una gran mayoría de los estadounidenses (más del 85%) creen que proteger la libertad de expresión es más importante en comparación con otros derechos e intereses fundamentales. Estadísticas disponibles en: http://www.newseuminstitute.org/wp-content/uploads/2016/06/FAC_SOFA16_report.pdf (pg. 6). Vid., además, entre otros, FLEISCHER, P.: “Foggy thinking about the Right to Oblivion”, 9-3-2011. Disponible en: <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>.

¹⁴¹⁷ GATTUSO, J.: “Europe’s Latest Export to America: Internet Censorship”, 19-09-2015. Disponible en: <https://www.heritage.org/technology/report/europes-latest-export-america-internet-censorship>

ZITTRAIN, J.: “Don’t Force Google to ‘Forget’”, *The New York Times*, 14-05-2014. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-forcegoogle-to-forget.html? r=0>. Lo describía como una “*form of censorship, one that would most likely be unconstitutional if attempted in the United States*”; y VOLOKH, E.: “Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, p. 1049.

¹⁴¹⁸ MANJOO, F.: “State of the Art. ‘Right to Be Forgotten’ Online Could Spread”, *New York Times*, 05-08-2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/08/06/technology/personaltech/right-to-be-forgotten-online-is-poised-to-spread.html? r=0>

¹⁴¹⁹ BYRUM, K.: “Introduction” en *European Right to Be Forgotten: The First Amendment Enemy*, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2018, p. xiv.

¹⁴²⁰ CUNNINGHAM, M.: “Free Expression, Privacy and Diminishing Sovereignty in the Information Age: The Internationalization of Censorship”, *Arkansas Law Review*, Vol. 69, 2016, pp. 71-85; y WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten...*op.cit.*”, pp. 257-286.

¹⁴²¹ ROSEN, J.: “The Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 88: “El efecto de una regulación favorable a un derecho al olvido supondría una disminución de la variedad de información libremente disponible al mundo entero a través de la Red” (traducción propia).

¹⁴²² OGHIA, M.J.: “Information Not Found: The ‘Right to Be Forgotten’ as an Emerging Threat to Media Freedom in the Digital Age”, *Informe Digital del Centro de Ayuda a Medios de Comunicación*

Por ello, otra de las razones de más peso contra la aceptación de un derecho al olvido digital en Estados Unidos es el “fetichismo”¹⁴²³ de la primera enmienda, o, si se prefiere, su “absolutismo”¹⁴²⁴, y de manera más moderada, su “enfoque maximalista”¹⁴²⁵: “*un diálogo sobre la redención digital se ve detenido antes de que pueda empezar por el peso vinculado a la libertad de expresión*” (traducción propia)¹⁴²⁶. La espada de Damocles de la primera enmienda¹⁴²⁷ impide que un tribunal estadounidense pueda fácilmente fallar a favor de una restricción tan amplia de la libertad de expresión¹⁴²⁸, a expensas de derechos personalísimos del individuo, confirmando, nuevamente, los enfoques enfrentados de las dos tradiciones jurídicas, pues existe un primacía europea del derecho a la privacidad frente a la libertad de expresión, ocurriendo lo contrario en los EE.UU.¹⁴²⁹. En efecto, resulta difícil competir con el “ethos americano” que ensalza la libertad de expresión a categoría de “rey” y convierte los derechos personalísimos “en marginales”¹⁴³⁰. Como acertadamente observó Schauer, en su momento, la primera enmienda lleva aparejada una fuerza político-cultural masiva y un magnetismo inigualable con cualquier otra protección constitucional:

Internacionales, 9-01-2018. Disponible en: <https://www.cima.ned.org/publication/right-to-be-forgotten-threat-press-freedom-digital-age/>

¹⁴²³ WERRO, F. citado por Hendel, J.: “In Europe, a Right to Be Forgotten Trumps the Memory of the Internet”, *Atlantic* 03-02-2011. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/02/in-europe-a-right-to-be-forgotten-trumps-the-memory-of-the-internet/70643/>

¹⁴²⁴ Así lo han calificado una gran parte de la doctrina estadounidense. Vid., por todos, DELANEY, H. y CAROLAN, E. en *The Right To Privacy. A Doctrinal and comparative analysis*, Thomson-RoundHall, Dublin, 2008, p. 79; y PELTZ-STEELE, R.J.: “The New American Privacy...*op.cit.*, pp. 383 y 395.

¹⁴²⁵ YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “Is Data Speech?”, *Stanford Law Review*, Vol. 66, 2014, p. 117.

¹⁴²⁶ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 55; así también lo pone de manifiesto Krotoszynski al denominarlo “el excepcionalismo americano de la libertad de expresión” en KROTOSZYNSKI, R.J. (Ed.) *Privacy Revisited...op.cit.*, p. 25.

¹⁴²⁷ DOUGLAS, M.: “Questioning the Right to be Forgotten...*op. cit.*, p. 111.

¹⁴²⁸ Como apunta Gordley, quizás este “cierre de ojos” se deba a que el Tribunal Supremo de los EE. UU., cuya función principal y casi única es interpretar el contenido de la constitución federal, se vea legitimado a interpretar el primer precepto de su carta de derechos y no nociones que ni siquiera están mencionadas en dicho texto constituyente. Vid. GORDLEY, J.: “When Is the Use of Foreign Law Possible? A Hard Case: The Protection of Privacy in Europe and the United States”, *Louisiana Law Review*, Vol. 67, núm. 4, 2007, p. 1095: “*one might imagine that the reason for the difference is that the U.S. Supreme Court has blinders on because its most important duty is to interpret the Federal Constitution. The First Amendment protects freedom of speech, but the Constitution never mentions honor, dignity, and reputation or even, like the German Constitution, the worth of a human being*”.

¹⁴²⁹ TOOBIN, J.: “The Solace of Oblivion”, *The New Yorker*, 29-09-2014. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2014/09/29/solace-oblivion> y MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*, p. 642, y TADDEO, M. y FLORIDI, L.: “The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers”, *Science and Engineering Ethics*, Vol. 22, núm. 6, 2016, p. 1592.

¹⁴³⁰ PELTZ-STEELE, R.J.: “The New American Privacy...*op.cit.*, p. 373.

“Hasta cierto punto, la primera enmienda, la libertad de expresión o de prensa resulta inigualable en el resto del mundo [...] [un mundo que a su vez] considera que la obsesión de Estados Unidos con y por ella refleja un desprecio insensible de otros valores importantes, si bien divergentes, [...] [pero estas] proporcionan un poder retórico y una autoridad argumentativa muy notable. El individuo o grupo del lado de la libertad de expresión a menudo parece creer, con frecuencia de manera correcta, que se ha asegurado la ventaja en el debate público. La Primera Enmienda no solo llama la atención, sino que también provoca temor en los corazones de muchos de los que no quieren ser vistos como opuestos a las libertades que consagra” (traducción propia)¹⁴³¹.

Como se ha examinado en el apartado anterior, además, la privacidad en el ordenamiento jurídico estadounidense suele referirse a una privacidad ‘decisoria’, como aquella vinculada principalmente con la autonomía y la libertad reproductiva, y que incluye los datos personales relacionados con esta categoría de información y decisiones sobre la salud y el cuerpo. La privacidad decisoria goza de más protección que la privacidad informativa, entendida esta última, en términos amplios, como el control sobre qué información que concierne a una persona es conocida por otros. Algunos autores han tratado de explicar el tratamiento diferencial entre estas dos esferas de privacidad al afirmar que las injerencias a la primera, como son aquellos temas relacionados con la familia, la reproducción y la santidad del hogar, son, de alguna manera, más tangibles e invasivos que las injerencias relativas al uso y divulgación de información personal¹⁴³². Lo cierto es que, en el ordenamiento jurídico estadounidense, las nociones de privacidad, libertad de expresión y autonomía están interrelacionadas, e incluso, se ha argumentado que estas se apoyan mutuamente¹⁴³³. Sin embargo, la información personal, incluso si no está vinculada a cuestiones estrictamente relacionadas con la autonomía e intimidad corporal, o aunque se considere menos tangible¹⁴³⁴, puede ser tan, si no más, perjudicial y destructiva para el desarrollo personal, la autonomía de la libertad y, por ende, la

¹⁴³¹ SCHAUER, F.: “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, p. 1790.

¹⁴³² MILLS, J.L.: *Privacy. The Lost Right...op. cit.*, Capítulo IV, pp. 106-107.

¹⁴³³ *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 532 (2001) citado por DELANEY, H. y CAROLAN, E. en *The Right To Privacy. A Doctrinal and comparative analysis*, Thomson-RoundHall, Dublin, 2008, pp. 16-20.

¹⁴³⁴ En relación con la información personal como un bien intangible e interés jurídicamente protegido, *vid.* MOORE, A.: “Intangible Property: Privacy, power and information control”, en MOORE A. (Ed) *Information Ethics: Privacy, property and power*, Seattle, University of Washington Press, 2005.

dignidad de una persona¹⁴³⁵. El Derecho estadounidense parece reconocer escalas o tonos de la privacidad informativa, proporcionando mayor o menor protección en función de la naturaleza de la información; por ejemplo, la información relativa a la salud o la información financiera, como se ha evidenciado, están bastante reguladas y protegidas por ley¹⁴³⁶. Y, sin embargo, la mayoría de las garantías jurídicas que protegen la privacidad informativa están sujetas a excepciones, algunas bastante legítimas, mientras que otras resultan excesivamente amplias, priorizando el interés prevalente del público en general, a través de un rotundo “derecho a saber”, y, consiguientemente, una fortificada libertad de expresión libre de censuras.

Es precisamente por la consolidada y reforzada libertad de expresión y de prensa, a través de una prioridad, jurisprudencialmente escudada, por encima de la privacidad e intimidad individual, que resulta tan difícil materializar un derecho al olvido digital al otro lado del Atlántico. Interesa reseñar fundamentalmente dos casos, ya citados, que, aunque versen sobre acciones de difamación e injurias, muestran a la perfección cómo la conciliación de la libertad de expresión, y concretamente la libertad de prensa, frente a aquellos intereses individuales relacionados con la reputación y la dignidad, suele inclinarse a favor de las primeras. El primer ejemplo corresponde al asunto *New York Times Co. v. Sullivan*¹⁴³⁷: el Tribunal Supremo concluyó que las acciones por difamación interpuestas por funcionarios públicos tienen una considerable carga de la prueba para cumplir los requisitos indispensables para la ‘prosperabilidad’ de dicha acción. En el caso estadounidense incluye probar que la declaración es falsa, la existencia real de un *animus iniuriandi*, o, alternativamente probar “un temerario desprecio a la verdad”, o, dicho en otras palabras, la imprudencia o falta de comprobación de la veracidad de la declaración

¹⁴³⁵ No son pocas las noticias diarias sobre cómo la divulgación universal de información personal (sea verdadera o no o sea divulgada mediando consentimiento o no) ha arruinado (de manera literal y metafórica) la vida de las personas; desde el *oversharing* personal en las redes sociales (actualizando a tiempo real el estado o la localización) que hace el trabajo de los acosadores sexuales, ladrones y demás delincuentes muy fácil, hasta la pérdida de oportunidades laborales por un comentario foto inapropiada colgada en la Red. *Vid.*, como ejemplos TALK OF THE NATION: “Should Teachers Be Disciplined For Online Lives?”, *NPR*, 10-04-2012. Disponible en: <https://www.npr.org/2012/04/10/150361223/should-teachers-be-disciplined-for-online-lives?t=1586122158489>; y GOLDBERG, C.: “How Google has destroyed the lives of revenge porn victims”, *New York Post*, 17-08-2019. Disponible en: <https://nypost.com/2019/08/17/how-google-has-destroyed-the-lives-of-revenge-porn-victims/>

¹⁴³⁶ En el caso de la Ley Transferibilidad y Responsabilidad del Seguro Sanitario, los responsables de tratamiento de información personal relativa a la salud (llamados “holders of private health care information”), tienen prohibido revelar información a terceros sin el consentimiento expreso del interesado.

¹⁴³⁷ *Vid. New York Times v. Sullivan*, 376 US 254, 269 (1964).

formulada (el *falsifiability test*¹⁴³⁸); todo lo cual evidencia la prioridad que tiene la libertad de expresión y el debate público sobre la privacidad y la reputación.

El segundo ejemplo corresponde al asunto *Curtis Publishing Co. v. Butts*¹⁴³⁹, de 1967, en el que el alto tribunal amplió la doctrina de *New York Times Co. v. Sullivan*, para que se le aplicara también a personajes públicos y concluyó que los personajes no públicos, en contraposición, tienen una carga de la prueba reducida al eliminar el requisito subjetivo de probar la intención de lesionar el honor y la dignidad de una persona¹⁴⁴⁰. Aunque pareciese que esta última vía podría convertirse en una posible apertura, a través de los estrechísimos márgenes derivados de la libertad de expresión, hacia un reconocimiento implícito del derecho al olvido en los EE.UU., esta sería una conclusión errónea. Independientemente del individuo implicado, la doctrina americana fundamenta el triunfo de la libertad de expresión frente a las lesiones al honor, la reputación y a la dignidad, en la veracidad de la información divulgada o declaración realizada: solamente en caso de que la parte divulgadora de la información conozca o se le advierta que esta es falsa y no la elimine inmediatamente se activaría la acción de difamación¹⁴⁴¹.

O sea, desde el momento que se maneja información veraz, independientemente de su irrelevancia, obsolescencia o improcedencia, nos encontramos ante una situación jurídicamente amparada, imposible de revertir con un supuesto derecho al olvido digital, que, precisamente, pretende devolverle a la persona control sobre su presente y futuro, mediante la potestad de hacer inaccesible información veraz obsoleta o irrelevante debido al paso del tiempo. Al mismo tiempo, observamos que casi todo constituye “expresión” a efectos de extender la manta protectora de la primera enmienda, pues parece que la regla universal establece que, hasta que se pruebe lo contrario, cualquier información, o la revelación de la misma, gozará de la presunción vertida sobre la libertad de expresión, incluida la divulgación y publicación de información y de datos de carácter personal¹⁴⁴²,

¹⁴³⁸ Vid. *Milkovich v. Lorain Journal*, 497 U.S., 1 (1990).

¹⁴³⁹ Vid. *Curtis Publishing Company v. Butts*, 388 U.S. 130, 162 (1967).

¹⁴⁴⁰ Lo que también confirmó en conflictos jurídicos entre particulares en el asunto *Dun y Bradstreet v. Greenmoss Builders* 472 U.S. 749, 761-762 (1985).

¹⁴⁴¹ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*”, p. 1189.

¹⁴⁴² Entre los que se incluyen, según el asunto *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 U.S. 2667 (2011), la información identificativa sobre la prescripción de medicamentos: “*This Court has held that the creation and dissemination of information are speech within the meaning of the First Amendment.[...] Facts, after all, are the beginning point for much of the speech that is most essential to advance human knowledge and to conduct human affairs. There is thus a strong argument that prescriber-identifying information is speech for First Amendment purposes*”. Del análisis de esta jurisprudencia llegamos a la dura conclusión de que la permisibilidad constitucional no sólo se extiende a información sobre la prescripción de medicamos, sino a cualquier tipo de divulgación de información, incluyendo datos relativos a la salud en manos de

pues, de no ser así, se desvirtuaría su aplicación: “*si el acto de publicar o divulgar información no se considerase una faceta de la libertad de expresión, es difícil imaginar lo que podría incluirse dentro de esa categoría*” (traducción propia)¹⁴⁴³. Así también lo señala Bhagwat, pretendiendo dejar la puerta abierta a un análisis caso por caso, pero advirtiendo de esta presunción jurídica al decir:

“*Por supuesto, la naturaleza de la información que se divulga varía de un contexto a otro, pero, con carácter preliminar, la mera divulgación de información debe considerarse expresión. De no ser así, muchas de las noticias de los medios de comunicación, de la divulgación de datos científicos, estarían desprotegidas. Tal resultado, como se señaló anteriormente, no tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional, y crearía un agujero absurdamente grande y peligroso para la salvaguarda de la Primera Enmienda*” (traducción propia)¹⁴⁴⁴.

La jurisprudencia precedente, alguna ya citada, apoya esta posición, sosteniendo que incluso información contenida en el etiquetado de bienes o aquella relativa a la confidencialidad financiera incluida en informes crediticios¹⁴⁴⁵, incluso información vacía de relevancia o manifestación artística (denominada “*dry information*”¹⁴⁴⁶ o “*the communication of raw data*”¹⁴⁴⁷), así como la divulgación de código informático para copiar información encriptada, aunque eso sea susceptible de acarrear un potencial uso ilícito¹⁴⁴⁸, también se consideran expresiones en el sentido de la primera enmienda, y por

proveedores de asistencia sanitaria, datos financieros en manos de instituciones financieras, historial de compras en manos de entidades comerciales en línea, datos personales como resultados búsqueda de información en posesión de motores de búsqueda y cualquier otro tipo de información personal que se haya proporcionado directamente o a través del comportamiento en línea. En cuanto a datos personales en manos de entidades comerciales, también conviene citar el asunto *U.S. West, Inc. v. FCC* 182 F.3d 1224, 10th Cir. (1999).

¹⁴⁴³ Vid. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 527 (2001). No obstante, el Tribunal Supremo volvió a rechazar que la prensa tuviera la libertad absoluta de publicar cualquier tipo de información veraz que se le había puesto a su disposición, sobre todo si concernía a cuestiones de la esfera doméstica -en este sentido, vid. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 534 (2001)-. No obstante, sí que reconoció que la información gozaba de interés periodístico, y por tanto, a pesar de que fuera adquirida ilegalmente por un tercero, el uso por parte de la prensa, no sería sancionado dado que lo recibió de manera anónima. En este último sentido, vid. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 519 y 533 (2001).

¹⁴⁴⁴ BHAGWAT, A.: “Sorrell V. Ims Health: Details, Detailing, and the Death Of Privacy”, *Vermont Law Review*, Vol. 36, 2012, p. 864.

¹⁴⁴⁵ Vid., por todos, los asuntos *Trans Union Corp. v. Federal Trade Commission* 536 U.S. 915 (2002), *Phillips v. Grendahl* 312 F.3d 357, 365-67 (8th Cir. 2002), *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 527 (2001), *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476, 481 (1995) y *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 759 (1985).

¹⁴⁴⁶ Vid. *Universal City Studios Inc. v. Corley*, 273, F.3d 429, 446 -2d Cir.- (2001).

¹⁴⁴⁷ YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “Is Data Speech...*op.cit.*”, p.72

¹⁴⁴⁸ *Id.*, 449-50, 459-60 (2001), así como en los asuntos *DVD Copy Control Ass'n v. Bunner* 75 P.3d 1 (Cal. 2003), *United States v. Edler Indus., Inc.*, 579 F.2d 516, 520-21 (9th Cir. 1978) y *Bernstein v. U.S. Dep't of State*, 922 F. Supp. 1426 (N.D. Cal. 1996).

tanto, gozan de su amplia protección. Aunque ha habido intentos académicos de clasificar la libertad de expresión en función del bajo o alto valor de las expresiones utilizadas (*'low-value'* y *'high-value' speech*¹⁴⁴⁹ e, incluso, recientemente, *'middle-value' speech*¹⁴⁵⁰), como herramienta de ponderación y conciliación jurídica entre los intereses en conflicto, el Tribunal Supremo estadounidense parece haberlo “repudiado explícitamente”¹⁴⁵¹, y además, siempre ha evitado resolver cuestiones relativas a la naturaleza constitucional de la divulgación de información¹⁴⁵².

A la vista de la supremacía de la primera enmienda frente a la confidencialidad de cierta información, resulta conveniente encontrar, dentro del aparato jurídico del *common law* americano, otros mecanismos y garantías para la salvaguarda de estos intereses jurídicamente protegidos, aunque no se denominen ‘autodeterminación informativa’ o ‘derecho al olvido digital’, y a pesar de la dificultad de que lleguen a prosperar en sede judicial¹⁴⁵³: este sería el caso, por ejemplo, de las acciones de responsabilidad civil por invasión de la privacidad¹⁴⁵⁴. A tal efecto, son dos las acciones que podrían aplicarse, como garantías americanas de un derecho al olvido: la acción por difusión pública de hechos privados y la acción por distorsión de la imagen. Recordemos que para la acción por difusión pública de hechos privados, generadora de responsabilidad civil por la divulgación de hechos o información veraces de naturaleza altamente personal, se

¹⁴⁴⁹ Vid. por todos, el examen más reciente de estas cuestiones realizado por LAKIER, G.: “The Invention of Low-Value Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 128, 2015, pp. 2168-2195

¹⁴⁵⁰ Como aquellas expresiones que se ubican “*within the hazy center of the speech-value spectrum between clearly high-value speech, like political speech or truthful news reporting, and clearly low-value speech, like true threats or incitement. The scope of such speech is vast, potentially encompassing speech as diverse as public disclosures of sensitive private data, sexually explicit speech, professional advice, search engine results, and false statements of fact [...] all remaining uncategorized speech is, by definition, middle-value speech, and courts should adopt intermediate scrutiny as the default rule applicable to all such speech*” según HAN, D.S.: “Middle-Value Speech”, *Southern California Law Review*, Vol. 91, 2017, pp.65-132.

¹⁴⁵¹ BHAGWAT, A.: “Sorrell V. Ims Health...*op.cit.*”, p. 865.

¹⁴⁵² BHAGWAT, A.: “Sorrell V. Ims Health...*op.cit.*”, p. 866.

¹⁴⁵³ Myers y McNealy, por ejemplo, consideran irrelevante este análisis por tratarse de acciones que buscan una compensación monetaria y no una orden de eliminar o desindexar información personal en la Red. Vid. por ejemplo, MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 58: “*All the remedies for these privacy violations are monetary and there is no argument that the information can simply be removed from society*”; y MCNEALY, J.: “The Emerging Conflict Between...*op.cit.*”, pp. 119-135, que argumenta que, a pesar de ser lo más cercano a un derecho al olvido digital, la noción americana de la privacidad difiere demasiado de la europea al no contemplar la supresión de información como mecanismo jurídico y aunque lo tuviera, solo afectaría a aquellos cuya información personal no se considerase relevante para el público en general o fuera divulgada sin el consentimiento del interesado.

¹⁴⁵⁴ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 58: “[...] [aunque] no favorezca plenamente el objetivo de una reinversión [...] las acciones de responsabilidad civil por invasión de la privacidad constituyen la única opción que el pueblo americano tiene para protegerse contra la divulgación no deseada por terceros de su información personal [...] [privacidad la cual se ve] significativamente restringida para garantizar la libertad de expresión” [traducción propia].

requiere no solo que la revelación de la información se estime altamente ofensiva para una persona razonable, sino que, además, no se considere de legítimo interés público. Con respecto a la consideración de interés público, generalmente resumido como el interés periodístico (*newsworthiness test*), se formula como una excepción categórica del derecho a la privacidad, confirmada por el propio Tribunal Supremo desde el asunto *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*¹⁴⁵⁵, citada también en el asunto *Okla. Publishing Co. v. District Court*¹⁴⁵⁶ al anular la jurisprudencia a favor del interesado, incluso en casos en los que el interesado o afectado es un menor. A pesar de lo anterior, cabe al menos concederle al Tribunal Supremo el beneficio de la duda en tanto en cuanto abraza, aunque en términos abstractos, la protección de la privacidad al reconocer que todo individuo tiene una esfera de privacidad que el propio estado debe proteger frente a potenciales injerencias por parte de la prensa, que, desde antaño y en ocasiones, se ha excedido en el ejercicio de sus prerrogativas¹⁴⁵⁷, aunque, hasta la fecha, haya ofrecido a la libertad de expresión un tratamiento favorable.

En ese espíritu de sobreprotección a favor de las “libertades amparadas por la primera enmienda”¹⁴⁵⁸ en detrimento de la privacidad, observamos el marchitamiento, para algunos más bien “la aniquilación”¹⁴⁵⁹ o en sus últimas fases bajo el “apoyo de soporte vital”¹⁴⁶⁰, y ya pronto necesitado de un réquiem¹⁴⁶¹, de esta acción por responsabilidad

¹⁴⁵⁵ *Vid. Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 420 U.S. 469 (1975). Este caso versaba sobre una acción de responsabilidad civil por invasión a la privacidad, interpuesta por el padre de una adolescente de 17 años que fue asesinada tras ser violada en el estado de Georgia. El juicio tuvo una amplia cobertura periodística y a pesar de que el nombre de la víctima no se reveló, de conformidad con la ley estatal georgiana, un periodista conoció su nombre a través del acto de procesamiento y publicó una noticia del juicio con este dato personal. El Tribunal Supremo concluyó que si la información personal o de carácter privado ya forma parte del dominio público, como es el caso de documentos judiciales disponibles en un registro público, goza de interés público y periodístico y ninguna acción por invasión de la privacidad puede interponerse.

¹⁴⁵⁶ *Vid. Oklahoma Publishing Co. v. District Court* 430 U.S. 308 (1975) en relación con la publicación del nombre de un niño de 11 años acusado de asesinato. Según la ley estatal de Oklahoma, cuando se trata de procedimientos penales en los que está involucrado un menor, se imponía la celebración del juicio a puerta cerrada. No obstante lo anterior, se permitió a los medios de comunicación estar presentes en la sala en la fase de instrucción y, aunque el juez no decretó, mediante auto motivado, el secreto del expediente, sí que instruyó a la prensa, mediante auto, no desvelar la identidad del joven; lo que fue recurrido por un medio de prensa, posteriormente denegado por el Tribunal Supremo de Oklahoma y finalmente recurrido al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, que falló a favor del interés periodístico amparado por la primera enmienda.

¹⁴⁵⁷ *Vid. Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 420 U.S. 469, 487 (1975).

¹⁴⁵⁸ Lo que no ha cambiado desde los orígenes de esta doctrina jurisprudencial como se puede comprobar en la apreciación del tribunal en el asunto *Snyder v. Phelps*, 131 U.S. 1207, 1219 (2011), citando la vieja doctrina de veinte años atrás del asunto *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 322 (1988).

¹⁴⁵⁹ WALKER, R.K.: “The Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 266.

¹⁴⁶⁰ MURPHY, R.S.: “Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 84, 1996, p. 2388.

¹⁴⁶¹ RICHARDS, N.M., and SOLOVE, D.J.: “Privacy's Other Path...*op.cit.*”, p. 154.

civil en los asuntos *Smith v. Daily Mail Publishing*¹⁴⁶² y *Florida Star v. B.J.F.*¹⁴⁶³, por las que se determinó que, en casos de difusión de información legalmente adquirida y con un interés público, no se incurriría en responsabilidad a no ser que el interés a proteger fuera “*de una prioridad urgente de máximo orden*” y vinculada a un “*interés público imperioso*”, umbral que no se superaba ni en el caso de menores ni en el de víctimas de delitos contra la libertad sexual. A pesar de que la jurisprudencia americana ha dejado la puerta abierta a que el estado reconozca un espacio protegido de privacidad¹⁴⁶⁴ por encima de la primera enmienda, incluso cuando se trate de información veraz difundida, es difícil pensar, desde la perspectiva angloamericana, en un interés “imperioso de máximo orden” en proteger la información personal de un individuo a costa de la libertad de expresión y del interés general del público. Este estándar interpretativo, insuperable en la práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo, evidencia la palmaria prevalencia de este derecho frente a los derechos personalísimos de los individuos, lo cual todavía resulta más

¹⁴⁶² *Smith v. Daily Mail Publishing*, 443 U.S. 97, 105–06 (1979). Este asunto también versaba sobre la revelación del nombre de un menor en el marco de un proceso penal. El nombre del adolescente de 14 años que asesinó a su compañero se publicó por un medio de prensa tras conocerlo por un testigo presencial. Se llevó a este medio de prensa a los tribunales por violar la ley estatal de West Virginia que establecía como delito la publicación, sin autorización judicial expresa, del nombre de menores en relación con procedimientos judiciales en los que éste se ve involucrado. El Tribunal Supremo del Estado de West Virginia falló en contra de esta ley, aludiendo a la inconstitucionalidad de una limitación o restricción previa a la libertad de expresión; lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo de los EE. UU con matices. Así, el Tribunal Supremo concluyó que independientemente de si la restricción a la libertad de expresión era *ex ante* (prohibición jurídica salvo autorización judicial) o *ex post* (mediante una sanción administrativa o penal en caso de desobediencia) al tratarse de información veraz obtenida por medios lícitos, cualquier limitación de este derecho requerirá una justificación de que la medida restrictiva “*furtheres a state interest of the ‘highest order’*”, y consideró, en el caso concreto, que mantener el anonimato del menor delincuente en aras de promover su futura rehabilitación y reinserción no era un interés del más alto nivel.

¹⁴⁶³ *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 541 (1989). Este caso versaba sobre la publicación del nombre de una víctima de violencia sexual, a pesar de la prohibición jurídica en el estado de Florida, tras la divulgación accidental de la policía de la correspondiente denuncia. La víctima llevó al diario a los tribunales que, en primera instancia, le dieron la razón. Tras agotar la vía judicial ordinaria, el diario recurrió al Tribunal Supremo que admitió la difícil conciliación entre los dos intereses en conflicto (el derecho a la privacidad y la libertad de expresión) y la diferencia entre este caso y los tres supracitados en tanto en cuanto la información personal no se encontraba ya en el dominio público (en un registro público o judicial), sino que fue negligentemente filtrada por el departamento de policía. A pesar de ello, decidió confirmar la regla de *Smith v. Daily Mail Publishing*, otorgándole a la primera enmienda mayor protección en casos en los que se publica información veraz no obtenida ilícitamente (pues si bien es cierto que no toda la información obtenida por la prensa es accesible al público en general, en todo caso habrá que sancionar a la fuente original que divulgó la información –el departamento de policía- y no a terceras entidades que trabajan con un fin de interés general). Así consideró inconstitucional la normativa estatal que restringía la difusión de información revelada o filtrada al público y no consideró, sorprendentemente, como intereses imperiosos del máximo orden, dignos de protección, ni la privacidad, la integridad física y seguridad de las víctimas de delitos graves ni alentarlas a denunciar su situación.

¹⁴⁶⁴ Puesto que el Tribunal Supremo reconoció un derecho fundamental a la privacidad y rechazó la posibilidad que jamás se pudiera fallar en contra del medio de prensa en casos con hechos similares. *Vid. Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 537-541 (1989): “[cannot] rule out the possibility that, in a proper case, imposing civil sanctions for publication of the name of a rape victim might be so overwhelmingly necessary to advance [governmental] interests” lo que haría posible fallar en contra de la primera enmienda.

controvertido en la era digital. De esta manera, esta acción no sería el recurso más adecuado (para algunos se considera manifiestamente “inválido”¹⁴⁶⁵), para hacer valer un derecho al olvido digital, ya que cualquier información ya propagada o disponible en la Red gozaría, en la práctica, de inmunidad¹⁴⁶⁶. Dando un paso más, hay autores que han aludido a la análoga naturaleza, y por tanto, la posible sustitución entre el medio periodístico y el motor de búsqueda en el rechazo a un derecho al olvido por la primera enmienda, ya que en el asunto *Florida Star* se trataba de un periódico que publicó información veraz originalmente localizada en un documento accesible al público, actuando ambos como canalizadores de información, y por tanto:

“castigar a los motores de búsqueda por indexar información veraz y públicamente disponible no promovería los intereses protegidos por ley [...] los resultados de búsqueda deberían ser objeto de la protección de la Primera Enmienda, de la misma manera que lo fue la sección de informes policiales en el asunto Florida Star” (traducción propia)¹⁴⁶⁷.

Sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo estadounidense, que parece rechazar la posibilidad de un derecho al olvido, resulta interesante el examen que realiza sobre la relevancia o interés público, pues se presenta como instrumento de ponderación, en una sociedad democrática, entre el derecho a ser informado y el derecho de una persona a no ver sus asuntos privados abocados al espacio público, incluso cuando no tienen un “valor [u objetivo] cívico”¹⁴⁶⁸. Es más, brinda la oportunidad de decidir “*si la información en cuestión todavía se considera que tiene interés periodístico, y, por tanto, sigue bajo el amparo de la Primera Enmienda, o si, por el contrario, ha perdido fuerza y puede ser olvidada*”¹⁴⁶⁹.

Con respecto a la acción por distorsión de la imagen, tendente a proteger a la persona cuando se la presenta de tal forma que genera falsas impresiones¹⁴⁷⁰, aspira a proteger la dignidad de la persona. Este mecanismo, parecido, pero no idéntico, a la acción por

¹⁴⁶⁵ Vid. MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*, p. 627.

¹⁴⁶⁶ WALKER, R.K.: “The Right to be Forgotten...*op.cit.*, pp. 257-266.

¹⁴⁶⁷ MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*, p. 627-628.

¹⁴⁶⁸ WERRO, F.: “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten...*op.cit.*, p. 296.

¹⁴⁶⁹ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*, p. 917.

¹⁴⁷⁰ O, cuando la difusión de dicha información conlleva a la distorsión de las verdaderas cualidades o personalidad de la persona. En este sentido, vid. *Heekin v. CBS Broadcasting, Inc.*, 789 So. 2d 355 -Fla. Dist. Ct. App.- (2001).

difamación¹⁴⁷¹, se activa en supuestos en los que se da publicidad a información personal, que aunque cierta, la forma de su presentación se considera altamente ofensiva para cualquier persona razonable al retratar a la persona de manera inexacta o, como su propio nombre indica, bajo una luz desfavorable. De hecho, el Tribunal Supremo en *Times Inc. v. Hill*¹⁴⁷² extendió el estándar de la malicia expresa, propia de la acción por difamación, a los casos de distorsión de la imagen. No obstante, como ha apuntado parte de la doctrina, en lo que a la eliminación de contenido o información personal en la Red se refiere, esta acción adolece de efectividad:

“adolece de *problemas* [de aplicación] *similares a los de la difamación y las acciones de responsabilidad civil por difusión de hechos o información privada o personal: no puede actuar frente a la propagación masiva de dicha información más allá del primer sujeto responsable, y, en muchas ocasiones, ni siquiera este cumple con los requisitos mínimos de responsabilidad (en este caso, si la información es cierta)*” (traducción propia)¹⁴⁷³.

Efectivamente, en lo que se refiere a un derecho al olvido mediante esta acción, la posibilidad de prevenir, impedir o castigar la publicidad y difusión de información personal no se sustenta en un interés legítimo de la persona a proteger el libre desarrollo de su personalidad o su dignidad, sino que, de nuevo, queda a merced de la existencia o no de un interés público. Pocos son los casos de distorsión de la imagen que han conseguido superar el alto umbral impuesto para su declaración de carencia de interés público, incluido el interés periodístico, siendo muchos los casos revocados, en última instancia, poniendo en peligro tanto la rehabilitación social como la rehabilitación informativa. Tómese, como ejemplo, el asunto *Briscoe v. Reader's Digest Association*¹⁴⁷⁴, cuya jurisprudencia, favorable al interesado, se revocó años más tarde en *Gates v. Discovery Communications Inc*¹⁴⁷⁵. En *Briscoe v. Reader's Digest Association*, el tribunal californiano, dando cuenta de los peligros de la incesante informática para el

¹⁴⁷¹ Algunos autores lo han llegado a llamar el “hijastro enfermo de la acción por difamación”. Vid. MCCLURG, A.J.: “Bringing Privacy Law Out of the Closet...*op.cit.*”, p. 1003.

¹⁴⁷² *Times Inc. v. Hill* 385 U.S. 374, 387-388 (1967).

¹⁴⁷³ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*”, pp. 1191-1192.

¹⁴⁷⁴ *Briscoe v. Reader's Digest Association*, 4 Cal. 3d 529, 483 P.2d 34, 93 Cal. Rptr. 866 (1971). En resumen, el caso trataba sobre la decisión del Tribunal Supremo de California que otorgó a aquellas personas condenadas por un delito y que habían pagado su deuda con la sociedad y que habían vuelto a una vida respetuosa y conforme a la ley, pero que encontraban que su pasado les perseguía al divulgarse dicha información antecedente sin razones suficientes para considerarlo una noticia de actualidad o de interés público podían demandar a los medios de comunicación por invasión de su privacidad.

¹⁴⁷⁵ *Steven Gates v. Discovery Communications Inc.*, 34 Cal.4th 679, 21 Cal.Rptr.3d 663 (2004).

mantenimiento de la dignidad humana, por la capacidad de difusión inmediata de información, aceptó la necesidad de proteger el anonimato de la persona, de evitar inmiscuirse en su intimidad y de mantener su libre desarrollo lejos de las miradas públicas. Obviamente, el tribunal también reconoció la difícil conciliación entre este derecho a la privacidad y la libertad de expresión, decidiendo establecer una distinción entre información de última hora (“*hot news*”) de apremiante interés público e información sobre hechos delictivos pasados y la identificación de sus transgresores; distinción que otorgaba una incontestable protección, únicamente a la primera categoría, bajo la libertad reconocida en la primera enmienda, dado el interés periodístico¹⁴⁷⁶. De esta manera, justificado el interés público de garantizar la integridad en el proceso de rehabilitación y reinserción social, el tribunal consideró que hasta la todopoderosa e incensurable (“*unfettered*”) libertad de expresión no era absoluta, y podría verse reducida no sólo cuando tiene como efecto la revelación de información privada sumamente ofensiva, sino también cuando entra en conflicto con el interés de otorgarle a los más necesitados de ella una segunda oportunidad (en este caso, a aquellos con antecedentes penales), posibilitándoles empezar desde cero, libres de injerencias de un pasado que ya no se corresponde con la realidad.

En *Gates v. Discovery Communications Inc.*, lamentablemente, esta línea jurisprudencial se cerró. Este asunto versaba sobre la interposición de varias acciones contra la empresa Discovery Channel por su documental de 2001 titulado *The Prosecutors*, que incluía información personal del señor Gates, concretamente, su nombre, foto e información sobre su condena como partícipe en el encubrimiento de un delito de asesinato por el que se declaró culpable en 1992 y por el que fue puesto en libertad condicional por buena conducta. Tras su salida de prisión, Gates se había rehabilitado por completo, convirtiéndose en un ciudadano ejemplar, empezando un negocio nuevo y casándose. No obstante, tras el estreno del supracitado documental, y la identificación de su nombre con su pasado criminal, Gates perdió su negocio, su matrimonio, y la confianza de las personas que le rodeaban, no teniendo más remedio que irse de la ciudad en la que se había instalado para empezar desde cero. El Tribunal Superior de San Diego desestimó la acción por difamación dada la veracidad de la

¹⁴⁷⁶ También hacía un análisis muy interesante sobre los requisitos necesarios para considerar qué información goza de interés periodístico: “[1] the social value of the facts published, [2] the depth of the article’s intrusion into ostensibly private affairs, and [3] the extent to which the party voluntarily acceded to a position of public notoriety”.

información proporcionada en el documental, obtenida de un registro público, pero admitió la acción por invasión de la privacidad. En apelación, no obstante, se invalidó la sentencia de primera instancia y, finalmente, el Tribunal Supremo californiano anuló la jurisprudencia de *Briscoe v. Reader's Digest Association* y concluyó, en una decisión unánime, que el paso del tiempo no podía anular la protección vertida sobre la primera enmienda en el ámbito de la publicación de información pública y veraz¹⁴⁷⁷. Además, el tribunal admitió su reticencia a suscribir una línea interpretativa tan controvertida y cuyo efecto fuera la censura de la prensa; consideraba contradictorio el permitir un acceso universal a un registro público a la prensa pero prohibirle la publicación de información disponible en esta en casos en los que el interesado lo considerase ofensivo, y razonaba que esto suponía un obstáculo o una autocensura por parte de los medios de comunicación y concretamente de la prensa a la hora de informar a los ciudadanos sobre los asuntos públicos, teniendo como consecuencia la supresión de información que debería ser publicada y estar disponible al público.

Ahora bien, cabe destacar que, al igual que el Tribunal Supremo estadounidense dejó la puerta abierta a una suerte de derecho al olvido, en el asunto *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, al apreciar, aunque no entró a valorar la cuestión, la potencial viabilidad de una acción por invasión de la privacidad en casos de publicación de información personal que vinculase el nombre de una persona a un pasado lejano penal, siempre y cuando no figurase en el dominio público:

“[si] hay intereses relacionados con la privacidad que se deben proteger en el marco de procedimientos judiciales, los estados deben asegurarlos evitando su disposición en ficheros accesibles a terceros [...] Aunque el mero paso del tiempo no impida a cualquier autoridad pública dar a conocer información personal al público en general, la identificación absoluta del individuo y su ubicación actual plantea toda una serie de problemas añadidos” (traducción propia)¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁷ “We conclude that an invasion of privacy claim based on allegations of harm caused by a media defendant’s publication of facts obtained from public official records of a criminal proceeding is barred by the First Amendment to the United States Constitution [...] The basis for Plaintiff’s invasion of privacy claim is the revelation that Plaintiff pleaded guilty to being an accessory after the fact to a murder for hire plot and the airing by Defendants of Plaintiff’s photograph. Both that fact and the photograph appear in the public official records relating to plaintiff’s 1992 arrest and conviction. Therefore, plaintiff’s invasion of privacy claim based thereon is barred [...]”.

¹⁴⁷⁸ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 420 U.S. 469, 495 (1975).

El Tribunal pone de relieve el problema del acceso permanente y universal de información personal que posibilita la identificación de una persona (como es su nombre y donde vive actualmente) y la vincula con una vida previa tan distinta de la presente. Así pues, los precedentes jurisprudenciales que limitan el triunfo de la libertad de expresión cuando la información personal no es de “interés público”, abren la puerta a reconocer un derecho, si bien limitado, al olvido digital. De hecho, como es costumbre, el Tribunal Supremo, a pesar de fallar en contra de la interesada, también mantuvo que su decisión tenía un ámbito de aplicación e interpretación reducido a los hechos concretos del caso: la revelación del nombre de la persona e información de un pasado penal cuando esta ya constara en un registro público¹⁴⁷⁹. Al hilo de lo expuesto, el asunto *Dun y Bradstreet v. Greenmoss Builders*¹⁴⁸⁰ merece un análisis detallado en tanto en cuanto expone un interesante paralelismo con el asunto europeo *Google Spain*. Este caso versaba sobre una acción de difamación debido a la publicación, por parte de una agencia de informes de crédito, de información personal crediticia inexacta. Por lo que nos interesa, el tribunal concluyó que la labor del juez era conciliar la reputación con la libertad de expresión, tomando en consideración la existencia o no de un interés público en conocer dicha información personal de naturaleza financiera. También sostuvo que la búsqueda de compensación por los daños a la reputación era un recurso jurídico especialmente apropiado y legítimo, y aún más si el informe crediticio del afectado no apaciguaba ninguna inquietud pública, por lo que no era necesario probar una malicia expresa en el contexto de la difusión de información crediticia. De hecho fue en este asunto en el que el Tribunal Supremo, por primera vez, reconoció la necesidad de distinguir entre expresiones fundamentales “de interés público” y de aquellas “de menor importancia o de interés puramente privado”¹⁴⁸¹. No obstante lo anterior, se debe también señalar que rara vez el alto tribunal ha apreciado la existencia de datos o expresiones de interés meramente privado, exaltando el contenido y alcance de la expresión de interés público, no solo por considerarlo un interés predominante¹⁴⁸², sino también por entender que lo confiado al mercado de las ideas (nosotros añadimos a también la Red), forma parte del mismo, y que este, habida cuenta de su naturaleza, implica, y debe implicar, una

¹⁴⁷⁹ *Id.*, 491 (1975): “appropriate to focus on the **narrower interface between press and privacy that this case presents**, namely, whether the State may impose sanctions on the accurate publication of the name of a rape victim obtained from public records” (énfasis nuestro).

¹⁴⁸⁰ *Dun y Bradstreet v. Greenmoss Builders* 472 U.S. 749, 751-762 (1985).

¹⁴⁸¹ *Id.* 757-759 (1985).

¹⁴⁸² *Vid.* el asunto *Connick v. Myers*, 461 U. S. 138, 145 (1983): “Speech on public issues occupies the highest rung of the hierarchy of First Amendment values, and is entitled to special protection”.

recopilación y distribución de datos e información para dar “*la mayor difusión posible de información de diversas y antagónicas fuentes*”¹⁴⁸³.

En este sentido, cabe también citar el asunto *Snyder v. Phelps*¹⁴⁸⁴ en tanto en cuanto el Tribunal Supremo, amparándose, nuevamente, en la distinción entre intereses de relevancia pública e intereses de relevancia privada, finalmente invalidó una sentencia que había fallado en contra de la libertad de expresión por “*asaltar y provocar intencionadamente angustia emocional*”¹⁴⁸⁵ al determinarse, en última instancia, que las expresiones, a pesar de atroces y poder considerarse expresiones de odio, estaban protegidas bajo la primera enmienda al tratar sobre “*cuestiones de interés público*”¹⁴⁸⁶. Resulta difícil concebir, como hacen algunos¹⁴⁸⁷, que la recopilación, tratamiento o publicación de información personal de “valor limitado para el público en general”, pueda avalarse por el sistema jurídico estadounidense, y que este se “*aventure en las aguas de*

¹⁴⁸³ Vid. *Dun y Bradstreet v. Greenmoss Builders* 472 U.S. 749, 791 (1985).

¹⁴⁸⁴ Vid. *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011). Este asunto versaba sobre la demanda presentada por la familia del difunto marine homosexual Mathew Snyder contra los miembros de la Iglesia Bautista de Westboro que se manifestaron e hicieron piquetes en su entierro. La familia acusó al grupo religioso de difamación, invasión de su privacidad y la imposición intencional de angustia emocional por mostrar letreros que bendecían la muerte de los soldados homosexuales exhibidos durante el funeral. El tribunal de distrito, en principio, falló a favor de la familia, concediéndole una indemnización por daños y perjuicios de 5 millones de dólares, que seguidamente fue revocada por el Tribunal de Apelación competente por vulnerar el abanico protector brindado por la primera enmienda en su faceta de libertad de expresión religiosa.

¹⁴⁸⁵ Similar, aunque no idéntico al asunto *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) que acabó en una decisión unánime del Tribunal Supremo concluyendo que la angustia emocional, sin demostrarse que la publicación fuera falsa o se hiciera con un *animus iniuriandi*, aunque ofensiva, no era suficiente como para desvirtuar la protección de la libertad de expresión.

¹⁴⁸⁶ Así, el tribunal concluía, en una decisión de abrumadora mayoría, que “*Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and—as it did here—inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course—to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate. That choice requires that we shield Westboro from tort liability for its picketing in this case*”. Interesante, no obstante, resulta el único voto particular formulado por el Magistrado Alito: “*Our profound national commitment to free and open debate is not a license for the vicious verbal assault that occurred in this case [...]. It does not follow, however, that they may intentionally inflict severe emotional injury on private persons at a time of intense emotional sensitivity by launching vicious verbal attacks that make no contribution to public debate. To protect against such injury, [...] permit recovery in tort for the intentional infliction of emotional distress [...]. A plaintiff must also establish that the defendant’s conduct was “so outrageous in character, and so extreme in degree, as to go beyond all possible bounds of decency, and to be regarded as atrocious, and utterly intolerable in a civilized community[...]. In order to have a society in which public issues can be openly and vigorously debated, it is not necessary to allow the brutalization of innocent victims like petitioner. I therefore respectfully dissent*”.

¹⁴⁸⁷ Robert Post, el máximo exponente del criterio de la preocupación pública, ha definido este concepto como “*cualquier esfuerzo considerado normativamente necesario para influir en la opinión pública*” así como “*todos los procesos de formación de la opinión pública*”. Vid. POST, R.C.: *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, Yale University Press, New Haven-Connecticut, 2012, pp. 18 y 28. De sus amplias definiciones y análisis resulta extraordinariamente difícil discernir que no se consideraría un asunto de preocupación o interés general.

la protección de la intimidad”, sobre todo si tiene un “*impacto limitado en la libertad de expresión*”¹⁴⁸⁸.

Bambauer razona que, si bien es cierto que la protección constitucional de la primera enmienda es marcadamente superior a las demás garantías constitucionales, no es absoluta, aunque considera que, en el examen de su conciliación con cuestiones relacionadas con la privacidad, debe necesariamente tener en cuenta la relación entre los daños causados por la recopilación de información y lo que denomina como un “derecho al conocimiento”: “*requires, as it should, a lively inquiry into whether the harms caused by the collection of information are probable enough, and serious enough, to outweigh the right to learn things*”¹⁴⁸⁹. No obstante, conviene recordar que existe una tendencia, por parte del Tribunal Supremo de los EE.UU., a evitar polémicas jurídicas vinculadas a la libertad de expresión a través de la invocación de un derecho genérico de acceso a información pública. De hecho, no existe un derecho ‘constitucional’ de acceso a la información¹⁴⁹⁰, propiamente reconocido por el Tribunal Supremo estadounidense. Si bien la jurisprudencia estatal ha aceptado, en un ámbito muy reducido, reconocerlo¹⁴⁹¹, en la discusión doctrinal se sigue lamentando su “*infrautilización*”¹⁴⁹². La doctrina jurisprudencial actual sigue un planteamiento similar al del Tribunal Supremo en los casos supracitados. En el asunto *McBurney v. Young*¹⁴⁹³, por ejemplo, aclara, en repetidas ocasiones, que no existe un derecho constitucional a obtener información a pesar de estar contemplado en la Ley de Libertad de Información¹⁴⁹⁴. Al mismo tiempo, en *Golan v. Holder*¹⁴⁹⁵ el Tribunal Supremo rechazó que la constitución otorgara un derecho intangible al acceso del dominio público por parte del poder legislativo, al menos en el caso de crear restricciones impuestas por derechos de autor. Consecuentemente, resulta necesario traer a colación el voto particular del Magistrado White del supracitado asunto *Florida Star v. B.J.F.*, en tanto en cuanto concluyó que todas las facetas de la privacidad deben tener “*la protección que la ley ampara para que la calidad de vida continúe siendo razonablemente aceptable. El derecho del público a saber está, entonces, sujeto a*

¹⁴⁸⁸ SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, p. 331.

¹⁴⁸⁹ YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “*Is Data Speech...op.cit.*”, p. 64.

¹⁴⁹⁰ *Vid.* el asunto *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978).

¹⁴⁹¹ *Vid.* el asunto *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 195 F. Supp. 2d 937 (2002).

¹⁴⁹² TENE, O., y POLONETSKY, J.: “*Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics*”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, 2013, p. 263.

¹⁴⁹³ *McBurney v. Young*, 569 U.S. 221 (2013).

¹⁴⁹⁴ El llamado Freedom of Information Act de 1967 (“FOIA”, por sus siglas en inglés) exime la divulgación de información o archivos que presenten una invasión injustificada de la privacidad.

¹⁴⁹⁵ *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012).

limitaciones razonables en lo que concierne a los hechos privados de sus miembros individuales”¹⁴⁹⁶. En efecto, el derecho al olvido no anularía el derecho a conocer información importante en una sociedad democrática avanzada, sino a limitar la accesibilidad de aspectos e información personal, teniendo como objetivo el respeto de la vida privada de las personas¹⁴⁹⁷. Aun así, nos encontramos con que ninguna de las acciones propuestas garantiza un efectivo derecho al olvido. La “*catástrofe inminente*” de un derecho al olvido estadounidense parece estar sujeta no sólo a la amplitud y opacidad de su enfoque y al hecho de que la “*protección de la privacidad o la reputación en la Red no serían razones suficientemente constitutivas de un interés público imperioso nacional*”, sino sobre todo por “*la dificultad de justificar que un concepto tan impreciso pudiera superar el examen estricto de la norma que lo contuviera [...] [y que representara] el medio menos restrictivo de garantizar el interés general*”¹⁴⁹⁸.

En otro orden de cosas, en lo relativo a un pasado penal, los casos más recientes a nivel estatal nos demuestran rechazos *quasi* explícitos a un derecho al olvido digital a pesar de tratarse de información obsoleta del pasado, cuando tiene interés público. Por ejemplo, el asunto *Martin v. Hearst Corp.*¹⁴⁹⁹, relativo a una petición de supresión de información en las páginas webs de distintos medios de comunicación relativa a una causa penal que finalmente fue archivada, conforme a una ley estatal para la cancelación de antecedentes penales. El tribunal, a pesar de reconocer los efectos adversos de dar publicidad al pasado penal de una persona¹⁵⁰⁰, desestimó su acción por invasión de la privacidad, debido no sólo a la veracidad de la información (aunque pasada y ya obsoleta) sino también debido al interés periodístico que tenía para el público en general el saber sobre un caso, que en su día existió, concluyendo que la normativa estatal relativa a la cancelación de antecedentes penales crea ficciones jurídicas, pero no deshace hechos históricos o fácticos o convierte hechos que en su día eran verdaderos en falsedades, independientemente del

¹⁴⁹⁶ Citando el asunto *Virgil v. Time, Inc.*, 527 F. 2d 1122, 1128 -9th Circ-(1975).

¹⁴⁹⁷ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*”, p. 922.

¹⁴⁹⁸ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*”, p. 1193-1194.

¹⁴⁹⁹ *Martin v. Hearst*, 777 F.3d 546 -2d Cir- (2015).

¹⁵⁰⁰ *Id.* 546-550: “The consequences of a criminal arrest are wide-ranging and long-lasting, even where an individual is subsequently found not guilty or the charges against him are dismissed. Employers or landlords might, for example, discriminate against prospective employees or tenants who have arrest records without distinguishing those merely arrested from those arrested and subsequently convicted. To “protect individuals who are arrested but not convicted from the adverse effects of an arrest record,” *State v. West*, 192 Conn. 488, 493, 472 A.2d 775 (1984), the Erasure Statute wipes the slate clean by “[p]rohibiting the subsequent use of records of [a] prior arrest and court proceedings,” *State v. Morowitz*, 200 Conn. 440, 451, 512 A.2d 175 (1986), and requiring the state to erase official records of an arrest if the individual is subsequently found not guilty or pardoned or if the charges against him are nolleed or dismissed”.

paso del tiempo¹⁵⁰¹. El tribunal aclaró que la ley exige la destrucción de este tipo de información del organismo público responsable del tratamiento, pero no de terceros que han accedido a esa información. Cabe, por tanto, traer a colación un caso anterior del Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey, en el que queda muy claro las dificultades de aceptar un derecho al olvido digital al concluir que *“desterrar a la memoria de los archivos históricos periodísticos”* y que la cancelación de los antecedentes penales no está pensada para crear una *“inversión orwelliana por la que información previamente en dominio público se vuelve fuera del alcance de revelación pública”*¹⁵⁰². En relación con esta última cuestión, relativa al paso del tiempo y a las restricciones a la libertad de expresión y de prensa, otro tribunal llegó a conclusiones similares: *“no hay nada en la jurisprudencia que indique que el mero paso del tiempo (más de tres años), deshabilita o impide a un periodista encontrar o publicar sobre expedientes o registros penales sellados”*¹⁵⁰³.

En lo que se refiere a información directa y universalmente accesible en la Red, un derecho al olvido, a nuestro juicio, quizás podría existir para, al menos, minimizar aquellos daños irreparables a dignidad y libre desarrollo de la persona. Así, nos planteamos en el caso estadounidense, si quizás sería conveniente adoptar un derecho al olvido digital restrictivo como mero derecho de desindexación. De este modo, la libertad de expresión del periodista o de la persona que informa sobre hechos veraces, se mantendría protegida y al margen (como fuente de información original, parte del dominio público), mientras que un derecho al olvido digital (como derecho a solicitar la desindexación) se aplicaría al motor de búsqueda como tercero responsable del tratamiento que, no siendo titular de ningún derecho, hace extraordinariamente más visible esa información, perjudicando así la dignidad de la persona afectada. Esta línea argumentativa podría quedar parcialmente anulada por dos razones principales, dada la inmunidad de los motores de búsqueda en el sistema estadounidense y la reciente ampliación de lo que constituye expresiones protegidas bajo la primera enmienda.

En primer lugar, de la lectura de la normativa estadounidense y de la doctrina académica nos percatamos de un enfoque extremadamente laxo sobre la regulación de la Red y sus intermediarios, ya que los “proveedores de servicios de Internet y otros

¹⁵⁰¹ *Id.* 551.

¹⁵⁰² En este sentido, *vid.* asunto *G.D. v. Kenny* 15 A.3d, 205 N.J. 300-302 -N.J.- (2011).

¹⁵⁰³ *Pineapple Antitrust Litigation* No. 1:04-md, 1628 -S.D.N.Y.- (2015).

servicios digitales”, incluidos los motores de búsqueda, son tratados con excesiva indulgencia, otorgándoles el sistema un blindaje jurídico con amplia inmunidad al no considerarles responsables¹⁵⁰⁴ de la información proporcionada en sus plataformas¹⁵⁰⁵. Seguramente por ello, se anuncian cambios legislativos para frenar el aprovechamiento de la industria a costa de los derechos de los más vulnerables con los casos más extremos de ‘injusticia’¹⁵⁰⁶. Este ha sido el caso, por ejemplo, de las dos propuestas legislativas victoriosas de 2017 que modifican ligeramente la CDA, evitando al menos situaciones como las supracitadas al revertir la exención de responsabilidad en el marco de delitos relacionados con la trata de seres humanos con fines sexuales, haciéndolos responsables si “ayudan, facilitan, a sabiendas, o respaldan [económicamente] el tráfico sexual”. Por un lado, se redactó en el Senado la Ley para luchar contra la trata y prostitución forzada (conocido como “FOSTA”, por sus siglas en inglés)¹⁵⁰⁷ y, por otro, se redactó, en el Congreso de Cámara de Representantes, la Ley para detener a los traficantes y proxenetas (“SESTA”, por sus siglas en inglés)¹⁵⁰⁸; ambos fueron aprobados por ambas cámaras y promulgados por el Presidente Trump en la primavera de 2018¹⁵⁰⁹ y ofrecen un buen punto de partida para no perder la esperanza sobre un derecho a solicitar la desindexación de información en línea. De manera similar, no son pocos los que reconocen la necesidad

¹⁵⁰⁴ Según la Ley sobre la Decencia de las Comunicaciones (“CDA”) de 1996 47 U.S.C. Sec. 230: “*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*”. Así también lo analiza TUSHNET, R.: “Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment”, *The George Washington Law Review*, Vol. 76, 2008, pp. 101-131.

¹⁵⁰⁵ En general estos intermediarios de servicios digitales han tenido “mínima interferencia y regulación por parte del Estado”, hasta el punto de no considerar su responsabilidad, incluso en el caso de permitir contenidos ilícitos como podría considerarse la publicidad (los llamados “anuncios clasificados gratuitamente”) de servicios de prostitución, entre los que se podían encontrar anuncios de menores. *Vid.*, por todos la negativa del Tribunal Supremo de conocer de la demanda contra *Backpage.com*. El caso se archivó como *Jane Doe No. 1 et al v. Backpage.com, LLC, et al* (No. 16-276). Un buen resumen, así como las consecuencias devastadoras se encuentra disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-backpage/u-s-supreme-court-will-not-examine-tech-industry-legal-shield-idUSKBN14T1OR>

¹⁵⁰⁶ SELYUKH, A.: “The New Clash Between Internet and Privacy. Section 230: A Key Legal Shield For Facebook, Google Is About To Change”, *NRP-All Tech Considered*, 21-03-2018. Disponible en: <https://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2018/03/21/591622450/section-230-a-key-legal-shield-for-facebook-google-is-about-to-change>

¹⁵⁰⁷ *The Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act (FOSTA) of 2017*; 115th Congress, Second Session, Congressional Record Vol. 164, No. 49, 21-3-2018. Disponible en: <https://www.congress.gov/congressional-record/2018/3/21/senate-section/article/S1849-8>

¹⁵⁰⁸ *The Stop Enabling Sex Traffickers Act (SESTA) of 2017*; 115th Congress, Second Session, Congressional Report No. 115-199, 01-10-2018. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1693>

¹⁵⁰⁹ *Vid.* El Informe del Presidente en: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/signing-allow-states-victims-fight-online-sex-trafficking-act-president-donald-j-trump-provides-invaluable-tools-needed-fight-scourge-sex-trafficking/>

de regular los peligros inherentes a las decisiones automatizadas de la tecnología y proponen mecanismos de rendición de cuentas¹⁵¹⁰ para la misma:

“Muchos han hecho hincapié en que el marco actual no está suficientemente bien adaptado para aquellas situaciones potenciales en las que resultados incorrectos, injustos o sin contextualizar surgen de una máquina. Los ciudadanos, y la sociedad en general, tienen interés en hacer que estos procesos sean más responsables. Si estos nuevos inventos se han hecho para ser gobernables, este vacío debe ser rellenado”(traducción propia)¹⁵¹¹.

En segundo lugar, resulta más problemático el auge de la doctrina y los tribunales de distrito estadounidenses por una libertad de expresión todavía más amplia que incluya a los propios motores de búsqueda, recogiendo el llamado *machine speech* o *engine speech*¹⁵¹² como expresiones dignas de protección: esa suerte de comunicación o discurso que emana de la propia máquina o aquello que, de manera autónoma y automática esta genera. Así, consideran que los contenidos o información generados por un algoritmo o por el motor de búsqueda que lo publica, estarían protegidos bajo el paraguas de la libertad de expresión, al considerar los resultados de búsqueda como parte de la libertad de expresión de éstos¹⁵¹³, al igual que reconoció la libertad de expresión de las personas jurídicas¹⁵¹⁴. Con anterioridad a este análisis, poca doctrina académica se había adentrado a considerar distinciones entre ‘información recogida mecánicamente’ y ‘expresión’ en el contexto de grabaciones de video¹⁵¹⁵. Bambauer, por ejemplo, discrepa radicalmente con la distinción reseñada, abogando por una ampliación de la noción de ‘expresión’ en

¹⁵¹⁰ Para un análisis exhaustivo, *vid.*, KROLL, J.A., HUEY, J., BAROCAS, S., FELTEN, E.W., REIDENBERG, J.R., ROBINSON, D.G., y YU, H.: “Accountable Algorithms”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, pp. 633-705; BAROCAS, S., y SELBST, A.D.: “Big Data’s Disparate Impact”, *California Law Review*, Vol. 104, 2016, pp. 671- 733; y KEATS CITRON, D.: “Technological Due Process”, *Washington University Law Review*, Vol. 85, núm. 6, 2008, pp.1249-1313.

¹⁵¹¹ KROLL, J.A., HUEY, J., BAROCAS, S., FELTEN, E.W., REIDENBERG, J.R., ROBINSON, D.G., y YU, H.: “Accountable Algorithms...*op.cit.*”, p. 636.

¹⁵¹² GRIMMELMANN, J.: “Speech Engines”, *Minnesota Law Review*, Vol. 98, 2014, pp. 868-952.

¹⁵¹³ *Vid.* en este sentido, los asuntos *Zhang v. Baidu*, 10 F. Supp 3d 433, 436-438 -S.D.N.Y- (2014) y *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622, 629-630 -D.Del.- (2007). Haynes explica la problemática, aunque no la comparte, en HAYNES STUART, A.: “Google Search Results: Buried If Not Forgotten...*op.cit.*”, p. 466: “*The primary problem with the application of a right to be forgotten in the United States is that any information posted online is considered speech, including compiled information from a search engine, and any effort to delete such information other than by the original poster implicates the speech of search engines*”.

¹⁵¹⁴ *Vid.* el asunto *First National Bank of Boston v. Bellotti* 463 U.S. 765, 777 (1978) en el que se consagró un valor inherente de la expresión como aquella que informa al público, independientemente de la identidad individual o colectiva de su locutor o fuente.

¹⁵¹⁵ KREIMER, F.: “Pervasive Image Capture and the First Amendment: Memory, Discourse, and the Right to Record”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, 2011, pp. 335-409.

el contexto de la salvaguardia brindada por la primera enmienda¹⁵¹⁶, sobre todo cuando interfiere en la creación de (y el supracitado derecho al) conocimiento. Además, establece una distinción poco frecuente y confusa, deducimos que inspirándose en las conclusiones del tribunal en el asunto *Sorrell v. IMS Health Inc.*¹⁵¹⁷, entre ‘datos’, ‘información’ y ‘expresión’, definiendo la primera como cualquier “registro fijo de un hecho”¹⁵¹⁸, la segunda como cualquier “representación objetiva de un hecho”¹⁵¹⁹, y la tercera como cualquier dato protegido constitucionalmente por la denominada “*Free Speech Clause*”¹⁵²⁰.

De tal suerte, se retoma la ampliación de la libertad de expresión al considerar lo emanado de las máquinas como ‘expresiones’ o ‘discurso’ constitucionalmente protegidos, que en el contexto de la Red y los motores de búsqueda se ha llamado, más concretamente, *Internet speech*¹⁵²¹. Así, Volokh, y Falk ya dejaron claro que son numerosas las razones que legitiman el reconocimiento de la expresión emanada de los motores de búsqueda a través de sus páginas o listas de resultados¹⁵²².

¹⁵¹⁶ YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “Is Data Speech...*op.cit.*, p. 63: “for all practical purposes, and in every context relevant to the current debates in information law, data is speech”.

¹⁵¹⁷ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2667 (2011): “los datos, a fin de cuentas, son hechos y los hechos son el punto de partida de la libertad de expresión, siendo de suma importancia para el progreso del conocimiento y de la conducta humana” (traducción propia).

¹⁵¹⁸ YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “Is Data Speech...*op.cit.*, p. 65.

¹⁵¹⁹ *Id.*

¹⁵²⁰ *Id.*, p. 67.

¹⁵²¹ VOLOKH, E. y FALK, D.M.: “First Amendment Protection for Search Engine Search Results”, *Google White Paper*, 2012, pp. 6-11.

¹⁵²² *Id.* Según ellos la expresión, elección y selección de la misma están constitucionalmente protegidas y los hechos y opiniones indexadas en un motor de búsqueda están constitucionalmente protegidas de la misma manera que lo están las expresiones, hechos y opiniones en un medio de prensa físico, siendo suficientemente expresivo y no funcional: “the right to choose what to include and what to exclude in one’s speech is not restricted to the press, being enjoyed by business corporations generally and by ordinary people engaged in unsophisticated expression as well as by professional publishers [...] Search engine selection decisions are indeed the result not just of individual editorial choices, but also of the computerized algorithms that search engine employees have created to implement these choices [...] Such automation does not reduce the First Amendment protection afforded to search engine results, for three related reasons. First, the computer algorithms that produce search engine output are written by humans. Humans are the ones who decide how the algorithm should predict the likely usefulness of a Web page to the user. These human editorial judgments are responsible for producing the speech displayed by a search engine [...] Second, the First Amendment value of speech also stems from the value of the speech to listeners or readers [...] Finally, the objections to Google’s placement of its thematic search results arise precisely because Google employees are said to have made a conscious choice to include those results in a particular place [...] First Amendment protects interactive media as well as noninteractive ones, and new media as well as the centuries-old ones. See *Brown v. Entertainment Merchants Ass’n*, 131 S. Ct. 2729, 2738 (2011)[...] in showing short excerpts from selected other sites, rather than creating content themselves. The First Amendment protects the decisions to include or exclude others’ content”. (pp. 8-14)

3.3.2. Perfiles de la jurisprudencia estadounidense en perspectiva

Cabe profundizar todo lo anterior en virtud de las últimas líneas jurisprudenciales en la materia, empezando por el asunto *Zhang v. Baidu*¹⁵²³, pues no sólo es el más reciente sino que además, aclara el enfoque jurisprudencial actual sobre las cuestiones supracitadas.

Este asunto versaba sobre la demanda civil de Jian Zhang, y otros miembros de un grupo a favor de mayor democracia en China, contra el motor de búsqueda más utilizado en ese país, *Baidu.com*, por el constante bloqueo de contenidos pro-democracia y la censura de su libre expresión, excluyéndolos de los resultados de búsqueda al utilizar este buscador en Estados Unidos, según supuestas peticiones de la propia República Popular de China. Se concluyó que el algoritmo que utilizaba este motor de búsqueda, que eliminaba en la práctica ciertos resultados de búsqueda, constituía, en esencia, parte de la libertad editorial sobre qué ideas políticas promover, y por tanto, como juicio o criterio editorial, estaba amparada por la libertad de expresión, en su faceta de libertad de prensa, libertad para sesgar los resultados de búsqueda por las razones que considerase oportunas, pues de otra forma, violaría rotundamente la protección fundamental de la primera enmienda referente a que cualquiera que se expresa tiene la autonomía de decidir el contenido de su propio mensaje¹⁵²⁴.

El propio juez ponente aludió a la irónica paradoja de que la decisión de un motor de búsqueda a restringir la libertad de expresarse sobre mayor democracia, “*estuviera, en sí, protegido por el propio ideal democrático de la libertad de expresión*”, pero también señaló que la primera enmienda “*no garantiza que nociones tan sacras para el ordenamiento constitucional no se vean puestas en cuestión en el mercado de las ideas*”¹⁵²⁵. Tampoco deja de ser de lo más sugerente que, de alguna manera u otra, el juez estadounidense esté aceptando la consecuencia principal del derecho al olvido, en tanto en cuanto limita la accesibilidad de cierta información que no se desea sea vista, pero sólo como facultad otorgada al propio motor de búsqueda, que tiene la libertad informativa de controlar qué contenidos desea poner a disposición de terceros, pero no como facultad otorgada al individuo de decidir qué expresiones concernientes a su persona, son accesibles a terceros. Este, junto con otros casos en los que un motor de búsqueda se ha

¹⁵²³ *Zhang v. Baidu*, 10 F. Supp 3d 433 -S.D.N.Y- (2014).

¹⁵²⁴ *Zhang v. Baidu*, 10 F. Supp 3d 437 -S.D.N.Y- (2014).

¹⁵²⁵ *Zhang v. Baidu*, 10 F. Supp 3d 443 -S.D.N.Y- (2014).

visto involucrado¹⁵²⁶, es representativo de la actitud permisiva de los tribunales estadounidenses hacia los proveedores de servicios de Internet cuando se trata de hacer “cumplir las obligaciones provenientes de la Primera Enmienda”¹⁵²⁷; o mejor dicho, cuando se trata de ampliar todavía más la todopoderosa libertad de expresión.

Unos pocos autores han profundizado sobre las posibilidades jurídico-constitucionales y los límites de reconocer esta forma no tradicional de expresión¹⁵²⁸, que por otro lado, imposibilitaría, como hemos visto, una vez más, en la práctica, un efectivo derecho al olvido digital en el ordenamiento jurídico estadounidense tan a favor de una primera enmienda actualizada a la realidad tecno-digital. Así lo ha recalado Benjamin al concluir que trazar una línea entre “*decisiones algorítmicas y decisiones humanas sería injustificablemente arbitrario*” al tener ambas cierto nivel de edición substantiva, que implicaría, indudablemente, ubicarla como parte de la libertad de expresión y de prensa¹⁵²⁹. De hecho, apunta que el contenido básico de la libertad de expresión es proteger el envío de mensajes substantivos, “*con o sin el uso de algoritmos*”¹⁵³⁰. Del mismo modo, Volokh y Falk concluían que los motores de búsqueda ejercen criterios editoriales sobre qué constituye información útil para los usuarios y la mejor manera de proporcionar dicha información “*lo que supone que estos se expresan y, en este sentido, son equivalentes a los periódicos y editorial de libros*” en tanto en cuanto transmiten diversos mensajes e información de otras fuentes, estando estas y las subsiguientes protegidas por la Primera Enmienda¹⁵³¹. No compartimos esta línea de pensamiento.

Justamente, hay autores que han dejado la puerta abierta a poder considerar el *machine* o el *Internet speech* como parte no integrante de la libertad de expresión, según cómo se entienda la relación entre la información y la forma en que se proporciona. Wu, por ejemplo, extrapolando la noción de “funcionalidad” del requisito de “no funcionalidad”

¹⁵²⁶ *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622, 626 -D. Delaware- (2007).

¹⁵²⁷ IDISIS, G.: “How to Make Lemonade from Lemons: Achieving Better Free Speech Protection Without Altering the Existing Legal Protection for Censorship in Cyberspace”, *Campbell Law Review*, Vol. 36, 2013, p. 167.

¹⁵²⁸ MASSARO, T.M., y NORTON, H.: “Siri-Ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 110, núm. 5, 2016, pp. 1169-1192; WU, T.: “Machine Speech”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, núm. 6, 2013, pp.1495-1533; BALLANCO, M.: “Searching for the First Amendment: An Inquisitive Free Speech Approach to Search Engine Rankings”, *George Mason University Civil Rights Law Journal*, Vol. 24, núm. 1, 2013, p. 89; y VOLOKH, E. y FALK, D.M.: “First Amendment Protection for Search Engine Search Results”, *Google White Paper*, Vol. 3-4, 2012, pp. 1-27.

¹⁵²⁹ BENJAMIN, S.M.: “Algorithms and Speech”, *University of Pennsylvania law Review*, Vol. 161, núm. 6, 2013, pp. 1445-1494.

¹⁵³⁰ BENJAMIN, S.M.: “Algorithms and Speech...*op.cit.*”, p. 1471.

¹⁵³¹ VOLOKH, E. y FALK, D.M.: “First Amendment Protection for Search Engine...*op.cit.*”, p. 27.

presente en la normativa sobre derechos de autor y de las marcas¹⁵³² (entendido este último, en términos simples, como el criterio por el cual se puede denegar protección a la característica de un producto cuando esta es esencial para el uso o propósito del mismo¹⁵³³), aludía a “la doctrina de la funcionalidad de facto” en el marco de la primera enmienda diferenciando entre elementos funcionales y elementos expresivos, o en sus propias palabras, entre “*communicative tools*” y “*carriers/conduits*”¹⁵³⁴. Resumiendo, y por lo que nos interesa, Wu distingue entre los casos cuya consideración, como parte de la libertad de expresión amparada por la primera enmienda, resultaría fácilmente o difícilmente asumible, relacionando los primeros con “*entradas de blogs, tweets, transmisiones de fotografías en línea, y otras expresiones como reseñas o críticas en plataformas virtuales como Yelp o Amazon*”¹⁵³⁵ y los segundos, precisamente con los motores de búsqueda “*dada su naturaleza funcional como su propio nombre sugiere*”¹⁵³⁶ de considerarlos como meras herramientas que señalan dónde está la información deseada.

Rechazando, acertadamente, los argumentos de Volokh y Falk, encuentra una clara diferencia de funciones entre lo que hace una publicación en línea y lo que hace un motor

¹⁵³² WU, T.: “Machine Speech”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, núm. 6, 2013, p. 1518.

¹⁵³³ “*bars rights and registration to marks that are deemed “functional.” The doctrine applies to “nontraditional trademarks,” which can be designs of products themselves or special product features, including physical aspects of the design, colors, shapes, scents, holograms, packaging, and/or a combination of all of these things. There are several methods for determining if a mark is legally functional, but the most frequently cited definition was provided by the U.S. Supreme Court in the famous Inwood case, which defined a functional product or feature as one “essential to the use or purpose of the article or if it affects the cost or quality of the article”.* KING, E.W.: “The Trademark Functionality Doctrine: Recast for Comprehension”, *American Bar Association Publications*, 29-06-2017. Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2012_13/september_october_2012/the_trademark_functionality_doctrinerecast_comprehension/

¹⁵³⁴ WU, T.: “Machine Speech...*op.cit.*”, pp. 1520-1524. Estos últimos son aquellos casos en los que la relación del actor y la información en cuestión es demasiado mecánica para considerársele un locutor (poniendo de ejemplo los productos informáticos), frente a los primeros que harían referencia a casos en los que la información proporcionada tiene una función además de la comunicación de ideas (poniendo de ejemplo los mapas y las cartas náuticas o de navegación). De este modo considera que: “*The cable, newspaper, and interview-hosting cases all [...] describe a difference between a publisher, who actively curates the sum total of the information presented and is identified with it, and those entities that have a more mechanical relationship to the information they carry, process or otherwise handle. A court might say the latter are engaged in conduct; we can also say that, by operation of the de facto functionality doctrine, these companies are not protected by the First Amendment [...] Some communications don’t simply express a view, or even cause some effect, but accomplish something by their very utterance [...] the same rationale that claims tools are not speech [...] are not subject to First Amendment protection [...] the First Amendment usually denies protection to carrier/conduits and mere communicative tools. The reasons while rarely given, seem to be similar to those found in intellectual property cases: judges fear the consequences of allowing a law intended to protect expression to venture into areas where other motivations are paramount*”.

¹⁵³⁵ WU, T.: “Machine Speech...*op.cit.*”, pp. 1524-1525.

¹⁵³⁶ *Id.*, p. 1526.

de búsqueda: los contenidos en una publicación en línea quedan amparados puesto que *“los resultados o producto de su trabajo refleja una cuidadosa selección y disposición de la totalidad de los artículos que conforman el periódico final. El periódico selecciona, respalda y avala los contenidos y artículos presentes en él”*¹⁵³⁷, mientras que, por el contrario, el motor de búsqueda *“encuentra una masa de información que, inmediatamente indexa. No respalda ni avala los enlaces que procesa o clasifica”*¹⁵³⁸, por lo que supone una herramienta útil para la búsqueda automática de información, pero no avala o edita el contenido que expone.

En efecto, se puede sugerir una clara distinción entre la prensa como editora de información (ya que su finalidad es comunicar ideas, historias, impresiones y un punto de vista sobre la realidad) frente al motor de búsqueda como mero localizador de información (cuya finalidad es revelar dónde se encuentra la información deseada, ya existente, de una reserva inabarcable de información), clasificándolas en una forma de “expresión” y en una mera “herramienta”¹⁵³⁹, respectivamente. Esta concepción haría posible aplicar un derecho al olvido digital como mero derecho de desindexación, haciendo la información personal, irrelevante o desfasada por el mero paso del tiempo, más difícil de encontrar con una simple búsqueda en la Red; quedando la fuente original, en el caso de ser un artículo periodístico, protegida por las libertades recogidas en la primera enmienda.

Como argumento añadido, resulta, además, palmariamente paradójico y poco convincente que los motores de búsqueda pretendan acogerse a la excepción del artículo 230 de la CDA, quedando exentos de responsabilidad por los contenidos publicados por terceros, precisamente con argumentos sobre su falta de control y su función como mero buscador de información ajena ya disponible (aludiendo a una suerte de desconexión entre el motor de búsqueda y el contenido buscado¹⁵⁴⁰), y, al tiempo, correlativamente persigan ampararse en la libertad de expresión de los contenidos que indexa y pone a disposición del público en sus resultados de búsqueda. Sullivan, además, bajo su modelo basado en la igualdad, y con una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo bajo la manga, reitera que la primera enmienda no estaba pensada para proteger a los poderosos y ricos (en este

¹⁵³⁷ *Id.*, p. 1528.

¹⁵³⁸ *Id.*

¹⁵³⁹ *Id.* p. 1530.

¹⁵⁴⁰ *Id.* p. 1528: *“Nor, as a legal matter, is Google responsible for the sites it links, as Google has repeatedly asserted to gain statutory immunities”*.

caso a las empresas multinacionales digitales) que no tienen problemas en que sus voces sean oídas¹⁵⁴¹.

Hecha esta salvedad, cabe aludir al contraargumento proporcionado por Minora, al considerar no solo imposible, sino contradictorio, la aplicación de un derecho al olvido digital bajo la premisa de que el motor de búsqueda no ejerce una función subjetiva editorial si este puede ser forzado, mediante una resolución extranjera, por ejemplo, a tener que tomar la decisión de omitir cierta información, pues ello “*serviría como reconocimiento expreso de las decisiones editoriales y humanas integradas en los procesos de un motor de búsqueda*” (traducción propia)¹⁵⁴². Tampoco estamos de acuerdo, en tanto en cuanto el derecho al olvido digital en los EE.UU., supondría la reconsideración de una decisión originalmente automatizada (que no humana) de hacer directamente accesible cierta información de carácter personal. En efecto, el *machine speech* proviene de unos interlocutores mecánicos, cada vez más autónomos y dirigidos por sí mismos, y por tanto, resulta ser un generador de contenidos lejos de la influencia humana¹⁵⁴³.

Se antoja difícil pensar en conferirle a un algoritmo o a una máquina virtual, cuya finalidad es indexar información, un derecho humano a la libertad de expresión en tanto en cuanto este es un derecho inherente a la persona (en el caso presente, sería en todo caso a la persona que crea esta tecnología), pero no a la herramienta o a la máquina en sí misma. Aun así, y a nuestro pesar, existe cierto consenso en que la actual doctrina jurisprudencial, a favor de la primera enmienda, puede perfectamente arropar su manta protectora a todo lo generado por los entes virtuales de la era 4.0 en tanto en cuanto “*ofrecen un altísimo valor para sus receptores y usuarios humanos*”, y por tanto, la posibilidad de “*supresión de este tipo de expresión, pondría en peligro intereses esenciales de la libertad de expresión*”, haciendo su “cobertura” constitucional más que necesaria¹⁵⁴⁴. De igual manera, cabe recordar que la jurisprudencia ha reconocido a otros entes ‘no humanos’ como titulares de la libertad de expresión. En el ya citado asunto *First National Bank of Boston v. Bellotti*, el Tribunal Supremo señalaba que el dilema jurídico no reside en si las personas jurídicas tienen los derechos y libertades reconocidos en la

¹⁵⁴¹ SULLIVAN, K.M.: “Two Concepts of Freedom of Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 124, 2010, pp.144-145 citando el asunto *Austin v. Mich. State Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652, 659-60 (1990),

¹⁵⁴² MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*, p. 625.

¹⁵⁴³ MASSARO, T.M., y NORTON, H.: “Siri-Ously? Free Speech Rights...*op.cit.*, p. 1172: “*afield from human direction*”.

¹⁵⁴⁴ MASSARO, T.M., y NORTON, H.: “Siri-Ously? Free Speech Rights...*op.cit.*, p. 1174.

primera enmienda, ni siquiera si son equivalentes a las de las personas físicas, sino más bien “*si la regulación federal controvertida comprende el tipo de expresión que la primera enmienda pretendía proteger*”¹⁵⁴⁵. Además, el tribunal dejó claro que el valor inherente del acto de expresión se debe entender en términos de “*su capacidad de informar al público*” y que esta “*no depende de la identidad de su fuente, sea esta una empresa, asociación, unión o un individuo*”¹⁵⁴⁶.

Más recientemente, y con más contundencia, el Magistrado Scalia clarificó en *Citizens United v. FEC* (anulando la jurisprudencia favorable al modelo de Sullivan) que la primera enmienda se redactó precisamente en términos de la libertad “de expresión” y no “del que se expresa”, hecho así a propósito para extender su protección tanto como sea posible, sin ofrecer limitaciones a cualquiera que se expresara, fuera un individuo o no¹⁵⁴⁷. Nuevamente, vemos las limitaciones, cuando no directamente la imposibilidad jurídica, de implementar un derecho al olvido ‘a la europea’ en el sistema jurídico estadounidense dada la hegemonía de la primera enmienda. Contra esto se han propuesto algunas alternativas, aunque con resultados limitados. Por un lado, se ha reflexionado sobre la conveniencia de diferenciar entre información como expresión e información como producto: “*los datos personales que han sido recogidos, cotejados, usados y vendidos en bloque no pueden concebirse como elementos expresivos, sino más bien como una mercancía*” (traducción propia)¹⁵⁴⁸. Por otro lado, también se ha comentado la creación

¹⁵⁴⁵ *First National Bank of Boston v. Bellotti* 463 U.S. 765, 776-777 (1978)

¹⁵⁴⁶ *Id.*

¹⁵⁴⁷ *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 392–93 (2010): “*Its text offers no foothold for excluding any category of speaker, from single individuals to partnerships of individuals, to unincorporated associations of individuals, to incorporated associations of individuals*”

¹⁵⁴⁸ BALKIN, J. M.: “Information fiduciaries...*op.cit.*”, p. 1196.

de los llamados “fiduciarios”¹⁵⁴⁹ o “custodios”¹⁵⁵⁰ de datos ateniendo no necesariamente al tipo o a la naturaleza de los datos sino a las relaciones especiales (y subsecuentes obligaciones de custodia y cuidado) en las que estos se recopilan, usan y comparten.

No obstante lo anterior, la contundencia de la Primera Enmienda resulta preocupante desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado¹⁵⁵¹ por numerosas razones. En palabras de Walker, Google cumple con las leyes vigentes en función del país en el que opera, pues si tuviera que aplicar globalmente la legislación de un país o región, “*otros países –quizás menos transparentes o democráticos- empezarían a demandar que su legislación restrictiva también se aplicara a nivel mundial. Ello conllevaría una carrera descendiente que imposibilitaría el acceso a aquella información perfectamente lícita en un país*”¹⁵⁵². En otras palabras, a la problemática en cuanto al reconocimiento de un derecho al olvido se le suma la problemática concerniente a la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en esta materia, sobre todo en cuanto

¹⁵⁴⁹ BALKIN, J. M.: “Information fiduciaries...*op. cit.*, pp. 1205-1209 y 1221-1224: “*doctors, lawyers, and accountants have special relationships of trust and confidence with their clients. These are fiduciary relationships. Generally speaking, a fiduciary is one who has special obligations of loyalty and trustworthiness toward another person. [...] In almost every case, however, fiduciaries also handle sensitive personal information [...] two basic duties. The first is a duty of care. The fiduciary must take care to act competently and diligently so as not to harm the interests of the principal, beneficiary, or client. The second, and in many ways more important duty, is the duty of loyalty. Fiduciaries must keep their clients’ interests in mind and act in their clients’ interests. As a result, fiduciaries also have a duty not to create potential or actual conflicts of interest that might undermine their duties of loyalty and lead them to undermine the interests of their client [...] I do not claim that Facebook or Uber is managing my estate, or is my accountant, my doctor, or my lawyer. What I do claim is that in the digital age, because we trust them with sensitive information, certain types of online service providers take on fiduciary responsibilities [...] act as information fiduciaries (1) when these people or entities hold themselves out to the public as privacy-respecting organizations in order to gain the trust of those who use them; (2) when these people or entities give individuals reason to believe that they will not disclose or misuse their personal information; and (3) when the affected individuals reasonably believe that these people or entities will not disclose or misuse their personal information based on existing social norms of reasonable behavior, existing patterns of practice, or other objective factors that reasonably justify their trust*”.

¹⁵⁵⁰ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, pp. 103-113; y JONES, M.L.: “You are What Google Says You are: The Right to Be Forgotten and Information Stewardship”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 17, 2012, pp. 23-26.

¹⁵⁵¹ En palabras de ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*, pp. 1209-1210: “*¿hasta qué punto puede un derecho al olvido a la europea regular las operaciones globales de un motor de búsqueda de otro país? ¿Hasta qué punto se pueden crear nuevas facetas de la privacidad en otras jurisdicciones? ¿Hasta qué punto puede la Unión Europea limitar los derechos digitales de terceros fuera de su territorio? Y ¿hasta qué punto puede la Unión Europea adoctrinar a la totalidad de la Red y sus usuarios en todo el mundo?*” (traducción propia).

¹⁵⁵² WALKER, K.: “A principle that should not be forgotten”, *Google in Europe Blog: the Keyword*, 19-05-2016. Disponible en: <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/a-principle-that-should-not-be-forgotten/>. De hecho pone como ejemplo que los ciudadanos franceses no puedan visualizar información o contenidos perfectamente lícitos en Francia porque un país tercero ha solicitado a Google su inaccesibilidad de manera global, y por tanto, en todos los dominios del motor de búsqueda y advierte que esta preocupación no es hipotética: “*We have received demands from governments to remove content globally on various grounds -- and we have resisted, even if that has sometimes led to the blocking of our services*”.

a los inconvenientes que trae la sobreprotección estadounidense de la primera enmienda: “la búsqueda de un equilibrio satisfactorio entre estos dos derechos debe de ser acompañado de límites territoriales conforme con los principios básicos del Derecho internacional”¹⁵⁵³.

Igualmente, resulta preocupante la falta de maniobra jurídica en cuanto al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en los EE.UU., pues no existe normativa federal y la legislación de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales (en virtud de la Constitución de los EE.UU. con su “Full Faith and Credit Clause”¹⁵⁵⁴), tiene su ámbito de aplicación reducido a supuestos interestatales dentro de la federación estadounidense¹⁵⁵⁵. Wimmer expone cuatro grandes problemas en el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre estas materias: el absolutismo de la primera enmienda frente al reconocimiento (aunque indirecto) de un derecho al olvido, la falta de ejecutoriedad de conformidad con el Derecho Internacional, el Derecho común estadounidense y el derecho estatutario¹⁵⁵⁶.

Si bien Minora expone los supuestos legítimos para el reconocimiento de decisiones judiciales, considerándolas equivalentes (*hermanas*) a las interestatales cuando se ven implicadas nociones como la competencia judicial, la acción estatal y el orden público estadounidense¹⁵⁵⁷, resulta igualmente cierto que dentro de este último concepto jurídico indeterminado se incluiría, precisamente, y sin lugar a dudas, los derechos y libertades reconocidos en la primera enmienda de la constitución estadounidense¹⁵⁵⁸. Así también se

¹⁵⁵³ FLEISCHER, P.: “Reflecting on the Right to be Forgotten...*op.cit.*”

¹⁵⁵⁴ *Vid.* Art. IV, Sec. 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América, y *vid.* por todos, FARRIER, P.E. “Full Faith and Credit of Adjudication of Jurisdictional Facts”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 2, núm. 4(3), 1935, pp. 552-577; REYNOLDS, W.L.: “The Iron Law of Full Faith and Credit”, *Maryland Law Review*, Vol. 53, núm. 2, 1994, pp. 412-449; REDPATH, E.: “Between Judgment and Law: Full Faith and Credit, Public Policy and State Records” *Emory Law Journal*, Vol. 62, núm 3, 2013, pp. 639-680.

¹⁵⁵⁵ *Vid.* 28 U.S.C. Sec. 1738 (2012) y para un examen exhaustivo sobre los problemas vinculados al mismo, *vid.* STRONG, S.I.: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in U.S. Courts: Problems and Possibilities”, *Review of Litigation*, Vol. 33, 2014, pp. 44-144.

¹⁵⁵⁶ Para un resumen de los problemas relativos al alcance extraterritorial de la normativa europea relativa a la protección de datos, en general, y el reconocimiento de decisiones judiciales sobre el derecho al olvido, en particular, *vid.* WIMMER, K.: ““The Long Arm of the European Privacy Regulator: Does the New EU GDPR Reach U.S. Media Companies?””, *Communications Lawyer*, 2017, pp. 16-21. Disponible en: https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2017/09/the_long_arm_of_the_european_privacy_regulator_does_the_new_eu_gdpr_reach_us_media_companies.pdf

¹⁵⁵⁷ MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*”, pp. 634-635.

¹⁵⁵⁸ Así concluye el propio análisis jurisprudencial de Minora, *Id.*, pp. 636-637, así como LITTLE, L.E.: “Internet Defamation, Freedom of Expression and the Lessons of Private International Law for the United States” en BONOMI, A., ROMANO, G.P. (Eds): *XIV Yearbook of Private International Law*, De Gruyter, 2012, pp. 183 y 196: “The usual deference accorded foreign country judgments – along with well-cabined

ha concluido en sede judicial; en el asunto *Sarl Louis Feraud International v. Viewfinder Inc.*, por ejemplo, el tribunal estableció que “*las decisiones judiciales extranjeras que atentan contra los derechos reconocidos en la Primera Enmienda se considerarán contrarias (repugnant) al orden público*”¹⁵⁵⁹. Así, pareciera que, en general, un tribunal estadounidense se vería obligado a fallar en contra de un derecho al olvido, aunque este se limitara a la desindexación de información en la lista de resultados de un motor de búsqueda al sopesar los intereses en juego; y aunque reservado el mantenimiento del orden público como excepción al reconocimiento de decisiones extranjeras a situaciones de excepcional relevancia:

*“una decisión extranjera sobre la ejecución de un derecho al olvido se consideraría justamente eso. Al menos un derecho al olvido ensalza una visión mucho más restrictiva de la función de la Red y la libertad de expresión que la perspectiva estadounidense, y a lo más, supone una violación de la libertad de expresión y de prensa. Con ello en mente, un tribunal estadounidense no debería hacer valer un derecho a ser olvidado en la Red”*¹⁵⁶⁰.

Esto, no obstante, no explicaría por qué en el asunto *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*¹⁵⁶¹, el tribunal competente en apelación¹⁵⁶² no quiso entrar a valorar ni a realizar un examen de constitucionalidad sobre la prevalencia de la libertad de expresión y el acceso a la información frente al reconocimiento judicial de un derecho al olvido digital proveniente de una jurisdicción europea¹⁵⁶³. Según el tribunal, existen

exceptions to recognition and enforcement- is suspended so as to give wide berth to the U.S. Constitution's free expression protection in the First Amendment”.

¹⁵⁵⁹ *Sarl Louis Feraud International v. Viewfinder Inc.*, 406 F. Supp. 2d 474, 480 -S.D.N.Y.- (2005).

¹⁵⁶⁰ MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*, p. 639.

¹⁵⁶¹ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 433 F.3d 1199 -9th Cir- (2006). Este asunto versaba sobre el motor de búsqueda estadounidense *Yahoo!* que consideraba que la ejecución de una orden francesa, como resultado de una quejas presentadas por dos organizaciones francesas sin fines de lucro dedicadas a eliminar el antisemitismo, relativa a la eliminación de contenidos y artículos de subasta relacionadas con el nazismo, tanto en su dominio francés como en el dominio estadounidense, es decir, sobre el efecto extraterritorial de un derecho al olvido digital global, debía de ser rechazada en aras de la violación de la primera enmienda, al intentar regular la libertad de expresión y el acceso a información en los EE. UU.

¹⁵⁶² De la decisión original sobre *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme*, 145 F.Supp.2d 1168, 1180 -N.D.Cal.- (2001). Para un análisis más exhaustivo de las sentencias iniciales, *vid.* Scheffel, E.: “Yahoo, Inc. v. La Ligue Contra Le Racisme et L'Antisemitism: Court Refuses to Enforce French Order Attempting to Regulate Speech Occurring Simultaneously in the U.S. and in France”, *Santa Clara High Technology Law Journal* Vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 549-558; y Kelly, A.: “Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l' Antisemitisme 379 F.3D 1120 (9TH CIR. 2004)”, *Depaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, Vol. 15, núm. 1, 2004, pp. 257-264.

¹⁵⁶³ Si bien en parte se debe a que el motor de búsqueda, aunque se opuso, suprimió los enlaces controvertidos de su propia voluntad (“Yahoo! has already taken restrict access by American Internet users to antisemitic materials, this has no bearing on Yahoo!'s First Amendment argument. By its own admission,

demasiadas dudas razonables sobre si, o en qué medida, se puede plantear una cuestión sobre la injerencia de los derechos de la primera enmienda para denegar el reconocimiento de una decisión extranjera que hace valer un derecho al olvido en la Red: “*si Yahoo, de manera voluntaria, ha cambiado la política de protección de datos y ha efectuado en la práctica la desindexación de la información controvertida, no podrá presentarse una cuestión sobre este precepto constitucional*”¹⁵⁶⁴. En cambio, el tribunal expone que cualquier restricción en la accesibilidad de información a través de un motor de búsqueda más allá del territorio francés, supondría una aplicación extraterritorial de los derechos en juego, y por tanto se activaría el examen de escrutinio constitucional vertido sobre la protección de la primera enmienda:

“somos plenamente conscientes que este caso implica a la Primera Enmienda, y somos especialmente sensibles al perjuicio que puede causar los efectos paralizantes de la restricción en la libertad de expresión [...] [esta sería] la única vulneración potencial de la primera enmienda [...] sería si ello [el cambio voluntario de política de privacidad y la desindexación de los contenidos controvertidos] no fuera suficiente para cumplir con la orden provisional francesa [...] como hemos indicado anteriormente, tanto la existencia como el alcance de este derecho potencial extraterritorial son inciertos”¹⁵⁶⁵.

De este modo, desafortunadamente, el tribunal rehusó pronunciarse sobre la implicación de la primera enmienda en una supuesta eficacia extraterritorial del derecho al olvido digital¹⁵⁶⁶.

En estas coordenadas, es obvio que el mayor interés susceptible de proyectarse desde el sistema de Estados Unidos hacia Europa, o viceversa, lo es desde la perspectiva de la acción de las jurisdicciones estadounidenses (activa o pasiva *-ex aequatur-*), pero no lo

Yahoo! has taken these measures entirely of its own volition, for reasons entirely independent of the French court's orders”). Vid. *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 433 F.3d 1217 -9th Cir- (2006).

¹⁵⁶⁴ *Id.*, 1218- 1220: “*In this case, however, the harm to First Amendment interests — if such harm exists at all — may be nowhere near as great as Yahoo! would have us believe. Yahoo! has taken pains to tell us that its adoption of a new hate speech policy after the entry of the French court's interim orders was motivated by considerations independent of those orders. Further, Yahoo! refuses to point to anything that it is now not doing but would do if permitted by the orders. In other words, Yahoo! itself has told us that there is no First Amendment violation with respect either to its previous (but now abandoned) speech-related activities, or to its future (but not currently engaged in) speech-related activities. Any restraint on such activities is entirely voluntary and self-imposed*”.

¹⁵⁶⁵ *Id.*, 1218-1220.

¹⁵⁶⁶ MINORA, L.E.: “U.S. Courts Should Not Let Europe’s “Right To Be Forgotten...*op.cit.*, p. 633.

es en toda su plenitud en términos de influencia del sistema regional interamericano de derechos humanos. A este respecto, como es bien sabido, los EE.UU no son Parte Contratante de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 y, consiguientemente, se sustraen de la acción jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁶⁷, pudiendo únicamente verse sometida al dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la base menos contundente (en el marco de un procedimiento no estrictamente jurisdiccional, sino de promoción de derechos humanos, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento de la Comisión) de una posible violación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁵⁶⁸ (aprobada en Bogotá el 30 de abril de 1948, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana), que precedió por tanto incluso en unos meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos (proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948).

4. Los casos prometedores de positivización de un derecho al olvido digital

Pese a todo, conviene señalar un paulatino cambio social de paradigma, en la era de los *security breaches* y las *fake news* y, por ende, una apertura hacia una mentalidad pro-privacidad y pro-derecho al olvido en ciertos casos. En el último *Informe sobre el Estado de la Primera Enmienda* (2018), una amplia mayoría de estadounidenses considera las noticias falsas más cuestionables e inadmisibles que las expresiones de odio, y por tanto, un 83% de los encuestados consideran positivo que las redes sociales y empresas vinculadas a este sector de servicios eliminen este tipo de información¹⁵⁶⁹, dejando la puerta abierta a un derecho al olvido digital cuando la información es patentemente inexacta, incorrecta o cuando se presenta obviando su contexto (todo ello bajo el término noticia o información “falsa”). De similar manera, un estudio reciente, realizado por la *Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información*, encontró que casi la mitad de los usuarios de Internet en los EE. UU. se abstuvieron de realizar actividades en

¹⁵⁶⁷ Vid. FORSYTHE, D.: “Human Rights, The United States and the Organization of American States”, *Human Rights Quarterly*, vol. 13, 1991, pp. 66-98.

¹⁵⁶⁸ Vid., a título de ejemplo de esas posibles violaciones, el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de 19 de marzo de 2018 (<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/054.asp>: visita el 15 de mayo de 2019); esa práctica de la Comisión viene marcada por el hito del *caso Baby Boy v. Estados Unidos de América*, Caso N° 2141, Resolución N° 23/81, de 6 de marzo de 1981.

¹⁵⁶⁹ Estadísticas se encuentran disponibles en: https://www.freedomforuminstitute.org/wp-content/uploads/2018/06/2018_FFI_SOFA_Report.pdf (pg. 6).

línea debido a preocupaciones sobre su privacidad y sobre la seguridad de sus datos personales¹⁵⁷⁰; lo anterior demuestra el cambio progresivo, vista la falta de protección del sistema, de la manera en que los propios usuarios estadounidenses se relacionan con la Red¹⁵⁷¹. Esto podría explicar los triunfos normativos recientes al legislar por una protección efectiva de la información personal en la Red, y los intentos “humildes”¹⁵⁷² pero persistentes, y cada vez menos anómalos, de materializar un derecho al olvido digital, al menos parcialmente, algunos de los cuales se analizarán a continuación.

Con independencia del escaso apoyo al derecho al olvido, en su concepción europea, reiterado y justificado más arriba, sí que encontramos en los EE. UU. algunos defensores de dicha garantía digital, algunos intentos normativos, tanto a nivel federal como estatal, sobre esta materia, así como líneas interpretativas de tribunales de instancias inferiores que han fallado a favor de una privacidad informativa que, en la práctica, se asemejaría a este derecho. Aunque parecen ser muchos los partidarios de rechazar un derecho al olvido digital en aras de proteger la libertad de expresión, son pocos los que defienden su primacía absoluta, planteando un “derecho al olvido contextualizado”¹⁵⁷³. También son pocos los que ponen en duda los riesgos de la era actual para la privacidad, puesto que la práctica totalidad de la información existente está “recopilada, almacenada y consultable” en la Red¹⁵⁷⁴. Uno de los grandes atractivos de este nuevo derecho digital es que permite a las personas continuar con su vida y no permanecer atados a las cadenas del pasado, un valor en principio también arraigado en la tradición estadounidense¹⁵⁷⁵. Es más, existen argumentos válidos que desmienten la incompatibilidad entre el derecho de acceso a la información y un derecho a olvidar eventos del pasado que ya no tienen relevancia o que

¹⁵⁷⁰ GOLDBERG, R.: “Lack of Trust in Internet Privacy and Security May Deter Economic and Other Online Activities”, *Oficina de desarrollo y análisis de políticas del Departamento de Comercio de los EE.UU.*, 2016. Disponible en: <https://www.ntia.doc.gov/blog/2016/lack-trust-internet-privacy-and-security-may-deter-economic-and-other-online-activities>

¹⁵⁷¹ Vista la falta de protección del sistema, los usuarios estadounidenses han ido cambiando paulatinamente sus hábitos en la Red. Ya un estudio del 2013 constató que el 86% de los usuarios toman medidas para enmascarar su identidad al navegar por Internet, el 41% intentaron eliminar información, entradas o mensajes publicados en el pasado y el 68% consideraban que las garantías de la privacidad e intimidad en el mundo digital eran insuficientes. Vid. RAINE, L., KIESLER, S., KANG, R., y MADDEN, M.: “Anonymity, Privacy and Security Online”, *Pew Research Center Report*, 2013. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/2013/09/05/anonymity-privacy-and-security-online/>

¹⁵⁷² SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, p. 332.

¹⁵⁷³ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...op. cit.”, p. 1193.

¹⁵⁷⁴ GELMAN, L.: “Privacy, Free Speech and ‘Blurry Edged’ Social Networks”, *Boston College Law Review*, Vol. 50, 2009, p. 1318.

¹⁵⁷⁵ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 11: “reflects a larger cultural willingness to allow individuals to move beyond their own pasts [...] capacity to offer forgiveness, provide second chances, and recognize the value of reinvention”.

ya no se corresponden con la realidad actual¹⁵⁷⁶ y otros tantos que exponen las perspectivas reconciliables entre las dos tradiciones jurídicas en esta materia¹⁵⁷⁷.

Cook, por ejemplo, considera el derecho al olvido necesario y un cambio positivo de la política del ciberespacio, al aumentar el control individual sobre la información personal y reestablecer un equilibrio entre los bienes jurídicos a proteger. De manera rotunda afirma que cuando la información negativa ya no sirve al interés público, debe concedérsele a la persona un derecho a comenzar de nuevo a través del borrado de dicha información y que, en consecuencia, el sistema norteamericano debe acoger un derecho al olvido porque promueve la privacidad y la autonomía, porque proporciona un mecanismo de tutela para las víctimas de ciberacoso, y porque evita prácticas discriminatorias basadas en información irrelevante u obsoleta¹⁵⁷⁸. En efecto, los miedos, incomodidades y otros efectos paralizadores de la accesibilidad instantánea, ilimitada y universal de la información en la Red son catalogados por Calo como “el daño subjetivo de la falta de privacidad” en el contexto del “ecosistema digital opaco”, cuando se pierde la facultad de control sobre cómo se recopila, se usa y se intercambia la información personal¹⁵⁷⁹.

Al margen del análisis que se efectuará a continuación, consideramos relevante primero aludir a los intentos legislativos, al menos a nivel estatal, de reconocer un derecho genérico¹⁵⁸⁰ al olvido digital para sus residentes, como ha sido el caso del estado de Nueva York y el estado de California. En este último caso tenemos la Ley de la Privacidad de los Consumidores de California (“CCPA” por sus siglas en inglés)¹⁵⁸¹, como la primera ley general sobre la privacidad, aunque de aplicación estatal, en los EE.UU., y que, tras su entrada en vigor en enero del 2020, permitirá a los californianos ejercer nuevos derechos, incluyendo un derecho de supresión de datos de carácter personal, fundamentado sobre un derecho a la privacidad y a la confidencialidad de la información personal y con el objetivo principal de otorgar mayor control y seguridad sobre los

¹⁵⁷⁶ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*”, p. 910.

¹⁵⁷⁷ BENNET, S.C.: “The ‘Right to Be Forgotten’: Reconciling EU and US...*op.cit.*”, pp. 161-195.

¹⁵⁷⁸ COOK, L.: “The Right to be Forgotten: A Step in the Right Direction for Cyberspace Law and Policy”, *Journal of Law, Technology and the Internet*, núm. 6, 2015, p. 122.

¹⁵⁷⁹ CALO, M.R.: “The Boundaries of Privacy Harm”, *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2011, p. 1143.

¹⁵⁸⁰ Algunos lo han llamado derecho “directo”. Vid. las aclaraciones y explicaciones de la norma efectuadas por DETERMANN, L.: “Broad data and business regulation, applicable worldwide”, *IAPP Privacy Tracker News*, 2-07-2018. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/analysis-the-california-consumer-privacy-act-of-2018/>

¹⁵⁸¹ California Assembly Bill No. 375, Cap. 55, “An act to add Title 1.81.5 (commencing with Section 1798.100) to Part 4 of Division 3 of the Civil Code, relating to privacy” de 28 de junio de 2018.

propios datos personales. Así, se le otorga al consumidor un derecho a “solicitar el borrado de información personal”¹⁵⁸², con la subsiguiente obligación de la empresa a informar sobre este derecho¹⁵⁸³, “a borrar la información solicitada” y a dirigirse a terceros que estén tratando dicha información para informarles sobre su pertinente borrado¹⁵⁸⁴. No obstante, y lógicamente, la norma establece un elenco de excepciones que justificarían una negativa por parte del responsable de tratamiento: cuando dicha información sea necesaria para cumplir con una obligación legal, cuando sea necesario para completar una transacción económica o cualquier otra obligación contractual, cuando sea necesaria para detectar incidentes de seguridad o actividades fraudulentas, para fines estadísticos, científicos, históricos o de interés público, y, sorprendentemente, para uso interno de la empresa cuando exista una expectativa razonable de utilidad y beneficio para la relación entre el consumidor y la empresa¹⁵⁸⁵ y cuando afecte negativamente a los derechos de terceros (entre los que entendemos que se incluye la libertad de expresión)¹⁵⁸⁶.

De manera todavía más amplia, la Asamblea de Nueva York está en trámites parlamentarios para aprobar una ley que modificaría la legislación civil vigente para reconocer un derecho a solicitar a los motores de búsqueda, editores o cualquier entidad que ponga información personal a disposición del público en general a través de la Red u otros programas o aplicaciones digitales, la eliminación de dicha información en treinta días desde el registro de la solicitud¹⁵⁸⁷. La condición para que este derecho sea efectivo se basa en que la información personal cuya eliminación se solicita reúna una serie de condiciones: esta debe ser inexacta, inadecuada, irrelevante o excesiva; considerándose cumplida cualquiera de ellas cuando ha pasado un periodo de tiempo significativo que hace que dicha información deje de ser parte del discurso público, y sobre todo, cuando esta causa un daño moral o financiero (sea por cuestiones de reputación, de estigmatización social, de oportunidades laborales, académicas, etc.). En efecto, la propuesta legislativa, aunque todavía está siendo debatida internamente, se redactó desde

¹⁵⁸² Tit. 1.81.5. Sec. 1798.105(a) de la CCPA.

¹⁵⁸³ Tit. 1.81.5. Sec. 1798.105(b) de la CCPA.

¹⁵⁸⁴ Tit. 1.81.5. Sec. 1798.105(c) de la CCPA.

¹⁵⁸⁵ Tit. 1.81.5. Sec. 1798.105(d)(1)-(9) de la CCPA.

¹⁵⁸⁶ Tit. 1.81.5. Sec. 1798.145. (f)(3)(j) de la CCPA.

¹⁵⁸⁷ State of New York Assembly *Bill A05323 to amend the civil rights law and the civil practice law and rules, in relation to creating the right to be forgotten act* (adoptada el 8 de febrero de 2017). Disponible en: https://nyassembly.gov/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=A05323&term=2017&Summary=Y&Actions=Y&Committee%26nbspVotes=Y&Text=Y

un enfoque más europeo, basado en los derechos humanos, con el objetivo de “devolverle el control al individuo sobre su reputación, permitiéndole deshacerse de las cadenas de información pasada inexacta o irrelevante en la Red”. Y aunque este potencial derecho al olvido cuenta con numerosas excepciones (p. ej. información relativa a delitos muy graves, actos violentos o cualquier otro tema que se considerase parte del debate público actual o de interés público imperioso y por el que el responsable del tratamiento juega un papel decisivo), no han sido pocas las críticas que ha recibido como aliado de la censura y contrario a la primera enmienda¹⁵⁸⁸.

También resulta interesante citar la taxonomía que hace Jones con respecto a la delimitación práctica viable, en los Estados Unidos, de un derecho al olvido digital. Según dicha taxonomía, debemos no sólo distinguir entre “datos” generados, de manera pasiva, y “contenidos”, generados de manera activa, sino también su carácter interno (por el propio interesado) o externo (sobre el interesado por un tercero) y los flujos de dicha información personal, es decir, su creación o recopilación original (“*initial*”) o dónde acaba estando accesible posteriormente (“*downstream*”). Con la tabla organizativa-taxativa que nos proporciona¹⁵⁸⁹, indica que un derecho al olvido podría ser aplicable en diversas situaciones, entre las que propone (y cataloga respectivamente), por ejemplo, fotografías antiguas vergonzosas subidas a una red social por el propio interesado (fuente original, de contenido interno), un *twit* racista que ha sido “retwitteado” (accesible posteriormente y de contenido interno), el nombre de una víctima de agresión sexual en una noticia (fuente inicial de contenido externo) o información personal predictiva para fines publicitarios visualizada en un motor de búsqueda (datos externos accesibles posteriormente)¹⁵⁹⁰. No obstante, concluye que un derecho al olvido no controvertido en los Estados Unidos seguramente estaría limitado a:

*“los datos generados, de manera pasiva, por el interesado y aquellos que se encuentran en manos del responsable de tratamiento inicial o último, sin entrar en cuestiones controvertidas como la supresión de información disponible públicamente de la Red”*¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁸ Vid. un número de ellas en VAAS, L.: “New York’s ‘unconstitutional’ right to be forgotten bill sparks concern”; *Naked Security*, 22-03-2017. Disponible en: <https://nakedsecurity.sophos.com/2017/03/22/new-yorks-unconstitutional-right-to-be-forgotten-bill-sparks-concern/>

¹⁵⁸⁹ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁵⁹⁰ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, pp. 98 y 115.

¹⁵⁹¹ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 100.

Por último, consideramos interesante las últimas líneas jurisprudenciales que han aceptado, aunque indirectamente, un futuro derecho al olvido. Por ejemplo, en el asunto *Dahlstrom v. Sun-Times Media, LLC.*¹⁵⁹², que versaba sobre información sobre la edad, aspecto físico y otros datos personales dignos de protección¹⁵⁹³, el tribunal concluyó que, a pesar de ser información cierta, la publicación de información originalmente recopilada y borrada de un archivo estatal gozaba de confidencialidad, no estando dicha información puesta a disposición protegida por la primera enmienda¹⁵⁹⁴. En el asunto *Hartzell v. Cummings*¹⁵⁹⁵, el tribunal estatal nuevamente hizo hincapié en la necesaria conciliación entre la primera enmienda y otros intereses igualmente necesarios de protección como la privacidad, aludiendo a que “no todas las formas de comunicación están protegidas bajo la libertad de expresión”¹⁵⁹⁶. De esta forma, concluyó que, en lo relativo a la revelación y divulgación de información pública en su día podría ser penado si la integridad y seguridad personal del individuo identificado se veía afectada (en este caso el individuo formaba parte de un programa de protección de testigos y los hechos penales se remontaban a más de veinticinco años de antigüedad¹⁵⁹⁷), y por tanto, el afectado tenía derecho a que este tipo de datos identificativos fueran desindexados de la Red¹⁵⁹⁸. Basándose nuevamente en argumentos relativos a la irrelevancia de la información, el tiempo transcurrido y la afectación negativa en la persona, en el asunto *Bloomgarden v. DOJ*¹⁵⁹⁹, el tribunal argumentó que “existía un interés significativo en evitar la revelación de información personal con varias décadas de antigüedad” y, por ende, la divulgación de la misma sería una “negligencia” no amparada por la primera enmienda¹⁶⁰⁰. Así pues, como anuncia Gajda:

“algunos tribunales modernos consideran que los estadounidenses deberían poder decidir, en determinados casos, si mantienen en secreto hechos de su pasado. En otras palabras, sugieren un derecho al olvido –entendido como el derecho a la

¹⁵⁹² *Dahlstrom v. Sun-Times Media, LLC.*, 777 F.3d 937 -7th Cir.- (2015).

¹⁵⁹³ *Id.* 939.

¹⁵⁹⁴ *Id.* 953-954.

¹⁵⁹⁵ *Hartzell v. Cummings* No. 150103764, -Pennsylvania Ct. Com. Pl.- (2015). Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp-content/uploads/sites/14/2015/12/HartzellvCummings.pdf??noredirect=on>

¹⁵⁹⁶ *Id.* p. 6.

¹⁵⁹⁷ *Id.* p. 9.

¹⁵⁹⁸ *Id.* p. 10.

¹⁵⁹⁹ *Bloomgarden v. U.S. Department of Justice*, No. 12-0843 –D.D.C.- (2016). Disponible en: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/district-of-columbia/dcdece/1:2012cv00843/154427/151/0.pdf?ts=1495790392>

¹⁶⁰⁰ *Id.* p. 7.

privacidad del pasado y las garantías jurídicas y compensación legal en el caso de que ese pasado sea finalmente revelado - existe en la jurisprudencia de los Estados Unidos de hoy” (traducción propia)¹⁶⁰¹.

Como añadido a lo anterior, centraremos nuestro análisis, en los tres grandes grupos de casos especialmente prometedores para la positivización de un derecho al olvido digital: (i) cuando la información personal obsoleta ya goza de protección jurídica por considerarse objetivamente sensible y tener un fin legítimo específico y limitado, (ii) cuando la información personal obsoleta ha sido proporcionada directamente por el interesado, así como (iii) cuando la divulgación de la información personal obsoleta lesiona la dignidad y el libre desarrollo de personas en situación especial de vulnerabilidad.

A la vista del enfoque del presente trabajo, basado en los colectivos vulnerables, realizaremos un examen más exhaustivo de la tercera categoría.

4.1. Información personal actualmente protegida

4.1.1. Datos personales financieros y relativos a la salud

Recordemos que la información financiera goza de especial protección. Tanto el *Código Estadounidense de Insolvencia* como la *Ley de Informes de Crédito Justos* de 1970 y la *Ley Gramm-Leach-Bliley de Modernización de los Servicios Financieros* de 1999 acogen las premisas de un derecho al olvido, con una suerte de “perdón financiero”¹⁶⁰², en tanto en cuanto prohíben a organismos públicos rechazar a un solicitante de empleo o despedir a un empleado sobre la base de su situación financiera presente o pasada¹⁶⁰³, y a las agencias y oficinas de crédito a no poner a disposición del público información, sobre aspectos relativos a la insolvencia de una persona, que tenga más de diez años¹⁶⁰⁴. A través de este tipo de mecanismos que limitan la accesibilidad a información que, con el paso del tiempo, ha devenido obsoleta o es irrelevante y puede

¹⁶⁰¹ GAJDA, A.: “Privacy, Press and the Right to be Forgotten...*op.cit.*, p. 203.

¹⁶⁰² GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*, p. 923.

¹⁶⁰³ Vid. El Código de Insolvencia de los EE. UU. (*U.S. Bankruptcy Code*), Sec. 525(a), Título 11, de 2011.

¹⁶⁰⁴ Vid. Ley de Informes de Crédito Justos de 1970, 15 U.S.C. art. 1681c(a)(1): “*La información excluida de los informes del consumidor [...] ninguna agencia de informes del consumidor puede tomar en consideración ningún informe del consumidor que contenga cualquiera de los siguientes elementos de información: (1) Casos bajo el Título 11 [de Código de Estados Unidos] o bajo la Ley de Bancarrota que [...] que tengan una antigüedad de más de 10 años*”.

menoscabar el libre desarrollo individual y el sustento digno de una persona, reafirma un posible derecho al olvido digital, como liberador de las cadenas de la accesibilidad universal y permanente de la información y como protección frente a un “albatros reputacional”¹⁶⁰⁵. Son numerosos los partidarios de aplicar un derecho al olvido en este contexto. Antani defiende que sería el medio menos restrictivo para tener un efectivo derecho a la privacidad en la era de Internet, obligando a un motor de búsqueda a aceptar las solicitudes de eliminación de información cuando se trate de la supresión de enlaces sobre resultados de búsqueda que vinculan el nombre de la persona con información financiera obsoleta e irrelevante en la actualidad, y así evitar que terceros utilicen los todopoderosos motores de búsqueda para incumplir la FCRA¹⁶⁰⁶.

Pasquale¹⁶⁰⁷ y Zittrain¹⁶⁰⁸ están ambos de acuerdo en que, si bien un derecho al olvido digital como supresión de información no sea la mejor solución a los retos de la era digital, es necesario proteger la privacidad en el ámbito de los informes crediticios del consumidor y de sus datos financieros. Ciertamente, de igual manera que las leyes estadounidenses que protegen la reputación, la autonomía individual y la igualdad y ofrecen otro tipo de mecanismo para conseguir el mismo fin -limitar la accesibilidad de información en el ámbito financiero-, un derecho al olvido ofrecería la oportunidad de ser liberado de los errores del pasado, quitando el temor a que se tomen decisiones basadas en un pasado que eternamente pasa factura, premisa básica de la legislación vigente en materia de información financiera.

En lo que se refiere a información médica, el ordenamiento jurídico estadounidense también ha otorgado “mecanismos especiales de clemencia informativa”¹⁶⁰⁹. Si bien HIPAA no se basa en otorgar mayor control individual sobre la información personal en materia de salud, sí que pretende, garantizar la seguridad y confidencialidad de este tipo de información, estableciendo, desde su enmienda en 2003, mecanismos operativos como el cifrado¹⁶¹⁰ o destrucción¹⁶¹¹ de los datos personales cuando dejan de tratarse con el fin

¹⁶⁰⁵ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*, p. 926.

¹⁶⁰⁶ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*, p. 1194.

¹⁶⁰⁷ PASQUALE, F.: “Reforming the Law of Reputation”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 47, 2015, pp. 515-539.

¹⁶⁰⁸ ZITTRAIN, J.L.: *The Future of the Internet -- And How to Stop It*, Yale University Press y Penguin, New Haven y Londres, 2008, pp. 188-201, y 228-231.

¹⁶⁰⁹ BODE, L., y JONES, M.L.: “Ready to forget: American attitudes toward the right to be forgotten”, *Journal The Information Society-An International Journal*, Vol. 33, núm. 2, 2017, pp. 76-85.

¹⁶¹⁰ *Vid.* 45 CFR Part 160 and Subparts A and C of Part 164. <https://hipaa-101.com/hipaa-data-security.htm>

¹⁶¹¹ *Id.*

estipulado (sea mediante múltiples claves de acceso al sistema o sea mediante la destrucción de papeles físicos o el borrado del disco duro); no obstante lo anterior, esta decisión corresponde exclusivamente a la institución sanitaria. Además, como complemento, se adoptó la *HIPAA Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information* (comúnmente conocida en los EE. UU., como “the Privacy Rule”)¹⁶¹², como directriz nacional para garantizar la privacidad de los usuarios en el ámbito sanitario con respecto al tratamiento de su información personal especialmente sensible.

Aunque se podría argumentar que los datos personales relativos a la salud también podrían gozar de un derecho al olvido, dado su carácter sensible y su protección reforzada en la HIPAA, también presenta numerosos problemas, vista la tradición estadounidense sobre la retención ilimitada de información y su plasmación normativa a nivel estatal¹⁶¹³ y en aras de cumplir objetivos e “intereses nacional prioritarios” como la salud pública, la investigación científica y actividades con fines policiales-judiciales, entre otros nueve¹⁶¹⁴. Como apunta Tovino, el caso estadounidense es el opuesto al europeo: en Europa, el borrado es la regla, y la retención la excepción, mientras que, en los EE. UU., la retención es la regla y el borrado la excepción¹⁶¹⁵. No obstante lo anterior, parece existir voluntad jurisprudencial de consagrar, si no un derecho al olvido digital en esta materia, al menos de proporcionarle al interesado cierto control sobre datos personales especialmente sensibles, sobre todo cuando su divulgación o conocimiento afectan negativamente a su presente o futuro. En el asunto *Pierre-Paul v. ESPN, Inc.*¹⁶¹⁶, el tribunal se pronunció sobre la base de la legislación federal y estatal sobre la privacidad,

¹⁶¹² *Privacy of Individually Identifiable Health Information*, 45 CFR Part 160 and Subparts A and E of Part 164, del 20 de diciembre de 2000. Disponible en: <https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/privacy/guidance/introduction/index.html>

¹⁶¹³ Para aquellos usuarios cubiertos por el programa Medicare, los hospitales con convenio tienen la obligación de conservar dichos datos personales durante cinco años: *Conditions of Participation for Hospitals*, 42 C.F.R. Sec. 482.24(b)(1). En otros casos, muchos estados, como Texas, obligan a los propios médicos a conservar la información personal sanitaria durante siete años: Texas Administrative Code, 22 Sec. 165.1(b)(1).

¹⁶¹⁴ *Vid.* 45 C.F.R. Sec. 164.512, 45 C.F.R. Sec. 164.512(a), 45 C.F.R. Sec. 164.512(b), 45 C.F.R. Sec. 164.512(c), 45 C.F.R. Sec. 164.512(d), 45 C.F.R. Sec. 164.512(e), 45 C.F.R. Sec. 164.512(f), 45 C.F.R. Sec. 164.512(g), 45 C.F.R. Sec. 164.512(h), 45 C.F.R. Sec. 164.501, 45 C.F.R. Sec. 164.512(i), 45 CFR Sec. 164.514(e), 45 C.F.R. Sec. 164.512(j), 45 C.F.R. Sec. 164.512(k), 45 C.F.R. Sec. 164.512(l).

¹⁶¹⁵ TOVINO, S.A.: “The HIPAA Privacy Rule and the EU GDPR: Illustrative Comparisons”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 47, 2017, p. 991: “Privacy Rule requires covered entities to maintain documentation required by the Privacy Rule for six years from the date when the documentation was created or was last in effect, whichever is later, even if the patient or insured no longer has contact with the covered entity [...] That is, general federal and state health law and the Privacy Rule require the maintenance of medical records and HIPAA documentation for a certain period of time. The GDPR requires erasure except when an exception applies”.

¹⁶¹⁶ *Jean Pierre-Paul v. ESPN, Inc.* No. 16-21156 – U.S. Southern District Court of Florida- (2016).

concluyendo que “el historial médico de un individuo deben considerarse, de manera genérica, algo privado”, y por tanto rechazó que la red televisiva de entretenimiento y programación deportiva pusiera a disposición del público en general los antecedentes médicos de un jugador de fútbol americano, negando su interés periodístico¹⁶¹⁷. En *Martin v. Hearst Corp.*, ya vimos como la prohibición de accesibilidad o la destrucción de información históricamente inexacta ha triunfado.

4.1.2. Datos personales relativos a una detención

Otro supuesto que entraría dentro de esta categoría y que resulta de especial interés es un asunto muy concreto relacionado con los datos personales sobre antecedentes penales, a saber, el de **las fotos instantáneas a presuntos delincuentes (*mug shots*)**. La dignidad y el libre desarrollo de la persona son valores merecedores de protección. Esto es especialmente cierto en su vertiente de protección de la privacidad, y, en particular, en lo concerniente a la no divulgación de los antecedentes penales, precisamente para “*evitar el potencial abuso que terceros hagan de esa información en el futuro*”¹⁶¹⁸, imposibilitando el nuevo comienzo o la rehabilitación efectiva de aquellos que se han visto envueltos en procedimientos policiales o judiciales como presuntos culpables o condenados. Un claro ejemplo de esta invasión de la privacidad lo encontramos en las conocidas como “*mug shots*”, como aquellas fotografías instantáneas tomadas por el personal de policía, tras una detención con traslado o un arresto a aquellos sospechosos de haber cometido un delito o infracción. En los Estados Unidos este tipo de fotografías, al ser archivadas en un registro público, forman parte del dominio público y su finalidad se limita a dejar constancia fotográfica, como información personal identificativa, de la detención de un individuo. A pesar de que, como se ha analizado en el apartado 2, hay un conflicto jurídico, y una necesidad de conciliación, entre dos intereses fundamentales (la dignidad y libre desarrollo del afectado, por una parte, y el derecho de acceso a la información del público en general por otro), hay amplia jurisprudencia estatal que aboga

¹⁶¹⁷ En otros contextos, como en materia de derechos reales y alquiler, también se ha fallado en contra de la divulgación de este tipo de información. *Vid.*, por ejemplo, *Swendrak v. Urode*, B27175 -Cal. App- (2017).

¹⁶¹⁸ LAGESON, S.E.: “Crime Data, the Internet and Free Speech: An Evolving Legal Consciousness”, *Law and Society Review*, Vol. 51, 2017, pp. 8-9: examinando la legalidad de las bases de datos y archivos digitales abiertos al público y argumentado que: “*unfettered public distribution of criminal justice data reinforces structural inequalities already present in criminal justice institutions, reifying relationships of power and patterns of punishment*”.

por un derecho al olvido de los *mugshots*, como información que identifica o hace identificable a la persona, que la mantiene vinculada en un pasado lejano que preferiría olvidar.

Por ejemplo, en el asunto *Times Picayune Pub. Corp. v. US Dept. of Justice*¹⁶¹⁹, el tribunal del estado de Luisiana admitió que este tipo de fotografías post-detención generalmente revelan expresiones poco favorecedoras y tienen un efecto estigmatizante que persiste más allá del marco del procedimiento penal. Además, solo porque a alguien se le atribuya culpabilidad o finalmente se la reconozca en sede judicial, tales circunstancias no anulan sus intereses de confidencialidad respecto de la información que le concierne. También hacía alusión a que, a pesar de existir información de índole privada que hubiera estado, en un momento determinado, en el dominio público, ello no significa que la persona no pueda recuperar su privacidad, concluyendo que las fotografías post-detención:

*“preservan, a su manera única y visualmente impactante, un conflicto aislado con la ley para la posteridad. Estaría más que justificado que un acusado en una causa penal, aunque hubiera sido ya condenado, objetase a la divulgación pública de la fotografía tomada tras su traslado a la dependencia policial [...] Además [este tipo de fotografías] constituyen información personal destinada a ser utilizada por parte de un grupo o colectivo específico [concretamente] para fines policiales y no suelen ponerse a disposición del público de manera sistemática”*¹⁶²⁰.

En la misma línea, el Tribunal Apelaciones del Undécimo Distrito de los EE. UU., falló a favor del interesado concluyendo que *“toda persona tiene un interés sustancial en proteger la confidencialidad de su historial delictivo”*¹⁶²¹, entre el que se incluye, naturalmente, fotografías tomadas a lo largo de una investigación policial, lo que ha parecido traducirse en jurisprudencia reciente. Así, en el asunto *World Publishing Co. v. DOJ* el tribunal consideró que las archiconocidas *mugshots* de aquellos detenidos deberían gozar de especial protección, dados los efectos de su posterior revelación, apuntando que la información personal recopilada en el marco de un procedimiento policial podría razonablemente esperarse que gozara de confidencialidad, y que, por tanto,

¹⁶¹⁹ *Times Picayune Publishing Corporation v. United States Department of Justice*, 37 F. Supp. 2d 472 (E.D. La. 1999)

¹⁶²⁰ *Id.* 478.

¹⁶²¹ *O’Kane v. United States Customs Service*, 169 F. 3d 1308, 1310 -11th Circ- (1999).

su divulgación más allá de los fines policiales constituiría una invasión claramente injustificada de la privacidad. Así, el tribunal, haciendo nuevamente hincapié en las consecuencias nefastas y ‘estigmatizantes’ del uso futuro del pasado, volvió a apuntar que *“el sentido común indica que el deseo individual de controlar la difusión de cualquier elemento identificativo como representaciones visuales de uno mismo hace de estas un asunto de interés personal”*¹⁶²², y concluyó que la revelación pública de este tipo de información es una de las excepciones al derecho de acceso a la información¹⁶²³. De manera similar se ha pronunciado el Tribunal Apelaciones del Sexto Distrito de los EE.UU., en 2016, ajustando su jurisprudencia anterior al hilo argumental del resto de tribunales de apelaciones de distrito, en el asunto *Detroit Free Press II v. DOJ* al concluir que *“todos gozan de un interés considerable en la confidencialidad de las fotografías tomados en el marco de una detención policial”*¹⁶²⁴ y que, por tanto, están exentas de divulgación, denegando peticiones de acceso a este tipo de información personal por parte de terceros¹⁶²⁵.

Todo lo anterior lo analiza el tribunal desde un punto de vista pro-dignidad en la Red, con un enfoque basado en la humillación que la accesibilidad universal y permanente que la Red comporta en lo que a divulgación de información personal o privada se refiere, *“poniendo en duda la sabiduría convencional que dictaba que un derecho al olvido estadounidense es imposible”*¹⁶²⁶. También el tribunal hace un análisis de lo más interesante sobre precedentes jurisprudenciales previos al boom de Internet, aludiendo a que hoy en día, en la era de una Red que no olvida, puede que la balanza tenga que inclinarse a favor de la privacidad y no del acceso a la información, trayendo a colación la línea jurisprudencial favorable al afectado al reconocer que este tipo de divulgación arroja una sombra dañina sobre la persona y que el acceso público a este tipo de fotografías dificulta el desarrollo personal y profesional del individuo en cuestión¹⁶²⁷.

¹⁶²² Vid. asunto *World Publishing Company v. U.S. Department of Justice*, 672 F.3d 825, 827-828 -10th Cir.- (2012).

¹⁶²³ *Id.* 831-833.

¹⁶²⁴ *Detroit Free Press II v. United States Department of Justice*, 829 F.3d 478, 480 (6th Cir. 2016).

¹⁶²⁵ *Id.* 485.

¹⁶²⁶ H.L.R.: “*Detroit Free Press, Inc. v. United States Department of Justice. Sixth Circuit Holds that Mug Shots May Be Exempted from Disclosure Under FOIA Personal Privacy Exemption*”, *Harvard Law Review*, Vol. 130, núm. 3, 2017, p. 1016-1017. Disponible en: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/01/1016-1023-Online.pdf>

¹⁶²⁷ Como curiosidad, y a favor de estos argumentos, cabe mencionar que el conflicto constitucional entre la protección de información personal vinculada a un historial policial y el derecho de acceso a la información de este asunto en particular fue recurrido ante el Tribunal Supremo, que finalmente inadmitió

Así pues, resulta de especial interés trazar el paralelismo entre el potencial derecho al olvido de *Detroit Free Press II v. DOJ* frente al derecho al olvido europeo, pues, aunque utilizan mecanismos diferentes, ambos tienen la finalidad de prevenir los daños provocados por la conservación y potencial divulgación de información personal poco favorecedora o directamente dolorosa, que, aunque cierta, ha dejado de ser relevante por el mero paso del tiempo, y cuyo mantenimiento o difusión daña la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. El derecho al olvido europeo se activa tras la publicación, por parte de actores privados *ex post*, mientras que esta vertiente del derecho al olvido estadounidense funciona *ex ante*, como restricción a la accesibilidad de dicha información en manos del estado, garantizando la imposibilidad de su publicación. De este modo, se protegen los valores y derechos personalísimos e inherentes a la dignidad humana, a través de una relegación a la desmemoria frente a la incesante Red que nunca olvida, planteamiento elocuentemente analizado por el Magistrado Cole en su voto particular concurrente:

“[...]Internet y las redes sociales han cambiado, de manera impredecible, la forma en que se recopilan y se comparten las fotografías. Las fotos han dejado de tener una fecha de caducidad y pueden ser difundidas de manera instantánea y para propósitos malévolos. Las fotografías post-detención en estos momentos son un grave problema dada la era digital: las imágenes mantienen un instante de tiempo indigno vinculado a la privación de la libertad en detrimento de los más vulnerables [...] [los precedentes jurisprudenciales] se han vuelto incompatibles con el sentido de la justicia en la era actual. La evolución de la tecnología y de las circunstancias que ella trae han posibilitado a este tribunal cambiar su rumbo interpretativo” (traducción propia)¹⁶²⁸.

Esto, defiende Antani, vinculándolo a las categorías de Ambrose et al.¹⁶²⁹, se podría ampliar a (i) aquellos condenados por delitos menores y a (ii) aquellos vinculados a asuntos legales no penales que obstaculizan, de modo significativo, las oportunidades y su integración plena en la sociedad. Con respecto a los primeros, es cierto que, en la era digital estadounidense, aunque los antecedentes penales hayan sido cancelados, la

el equivalente a nuestro recurso de amparo en mayo de 2017. Procedimiento procesal completo disponible en: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/detroit-free-press-inc-v-department-justice/>

¹⁶²⁸ Vid. asunto *Detroit Free Press II v. United States Department of Justice*, 829 F.3d 478, 486 (6th Cir. 2016).

¹⁶²⁹ AMBROSE, M.L., FRIES, N. y VAN MATRE, J.: “Seeking Digital Redemption: The Future of Forgiveness...*op.cit.* pp. 129, 150 y 162.

vinculación de un nombre con delitos menores¹⁶³⁰, hace del pasado algo que condiciona el presente. Si el ordenamiento jurídico otorga una suerte de borrón y cuenta nueva, pues considera de “*alto valor social la reinserción social en el contexto penal, entonces un derecho al olvido podrá evitar que el internet socave este valor*”¹⁶³¹. Con respecto a los segundos, admite que hay menos margen de maniobra en el caso de estar involucradas terceras personas en la publicación o divulgación de dicha información¹⁶³², pero reconoce que, en aquellos casos que versen sobre información personal socialmente sensible, aquellos que quieran eliminar “*contenidos violentos, sexuales o gráficos obtendrán más apoyo*”¹⁶³³. Un caso relativo a este supuesto será analizado más adelante a través del conocido problema social de la era digital denominado ‘porno vengativo’, una auténtica epidemia social en los EE.UU.

Esto se revela todavía más importante en una época en la que la información en la Red es la principal baza, sobre todo en los EE. UU., de futuros empleadores, instituciones académicas, financieras, aseguradoras, como parte de su *modus operandi* de verificación de antecedentes y filtro a potenciales solicitantes, a la hora de tomar decisiones tales como contratar o no a un candidato, promocionar o no a socio, admitir o rechazar la entrada a una universidad, la prestación de un servicio, la cobertura de un seguro médico, entre otros muchos ejemplos. Sin un derecho al olvido, por limitado que sea, los estadounidenses están destinados a “*llevar puestos sus vergonzosos secretos y arrepentimientos vitales como en la Letra Escarlata*”¹⁶³⁴, haciéndoles imposible superar el pasado y salir adelante; la memoria digital impide el libre desarrollo porque no olvida ni perdona los errores del pasado.

¹⁶³⁰ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*, p. 1197: “*aquella persona que cometió un pequeño hurto por hambre cuando era adolescente [...] o se le pilló con una pequeñísima cantidad de marihuana, puede ver su futuro profesional irrealizable*” (traducción propia).

¹⁶³¹ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*, p. 1197.

¹⁶³² ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*, p. 1199: “*should someone be able to request that a photo from a drunken night out be de-listed from search results? Whether the first party or a third party initially posted that photo could make a difference [...] privacy interest in dignity [...] is simply not strong enough in the face of the First Amendment*”.

¹⁶³³ ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...*op. cit.*, p. 1201.

¹⁶³⁴ SOLOVE, D.J.: *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, Yale University Press, New Haven, 2007, p. 76.

4.2. Información personal proporcionada por el interesado

Si bien la materialización de un derecho al olvido digital de aquella información personal proporcionada directamente por el interesado, a través del presupuesto del consentimiento y subsecuente retirada del mismo, es válida¹⁶³⁵, su establecimiento incondicionado, a través de una cláusula contractual sería más fácilmente admitida por el ordenamiento jurídico estadounidense¹⁶³⁶. Un derecho al olvido contractual, como un derecho a borrar, por defecto, información personal directamente proporcionada, estipulado en una cláusula contractual, estaría al margen del absolutismo de la primera enmienda¹⁶³⁷. La principal ventaja del modelo contractual para la privacidad de los datos personales, en general, y un derecho al olvido, en particular, es que este modelo no se basaría en un derecho a impedir que otros vinculen información con nosotros, sino que se basaría en un derecho a impedir que el principio *Pacta Sunt Servanda* se rompa: “En *Cohen v. Cowles Media*, el Tribunal Supremo sostuvo que las obligaciones contractuales relativas a no hablar, o en otras palabras, las promesas hechas sobre la no revelación de información, son válidas y constitucionales, no vulnerando la Primera Enmienda”¹⁶³⁸. De esta manera, la ejecución de este tipo de contratos no se consideraría una restricción a la libertad de expresión sino una obligación a cumplir con lo que voluntariamente se ha pactado¹⁶³⁹, y, por tanto, se articularía a través de una suerte de principio de limitación del tratamiento de información personal en función de los fines contractualmente autoimpuestos, siendo estas razones de índole objetiva¹⁶⁴⁰.

Esta materialización de un limitado derecho al olvido a través de la inclusión de cláusulas contractuales de privacidad y borrado se vería, además, apoyado por diversos objetivos de interés público como puede ser alinear las prácticas corporativas relativas al tratamiento y la protección de los datos, asegurar una industria eficiente y una inversión tecnológica a través de la seguridad y la confianza o armonizar las políticas de protección,

¹⁶³⁵ WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten...*op.cit.*, p. 261: “*By itself, a right to delete voluntarily submitted data is insufficient to address the myriad privacy issues raised by networked technologies. It is, however, a necessary component of a properly balanced regulatory portfolio, as existing privacy tort law is inadequate and unconstitutional in this context*”.

¹⁶³⁶ SHORR, S.: “Note- Personal Information Contracts: How to Protect Privacy Without Violating the First Amendment, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 1756-1850 y SAMUELSON, P.: “Privacy as Intellectual Property...*op.cit.*, pp.1127-1128.

¹⁶³⁷ VOLOKH, E.: “Freedom of Speech, Information Privacy...*op.cit.*, p. 1051.

¹⁶³⁸ WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten...*op.cit.*, p. 278.

¹⁶³⁹ *Id.* p. 279.

¹⁶⁴⁰ *Id.* p. 279 y MAYER-SCHÖNBERGER V.: *Delete: The Virtue of Forgetting...op.cit.*, p. 136.

si no a nivel mundial, al menos a nivel transatlántico¹⁶⁴¹. En efecto, la libertad y autonomía decisoria como valor, principio rector y derecho fundamental debe verse plasmada también en la posibilidad de decidir libremente, sobre todo en el marco de una relación contractual en la era digital y de los servicios de la información, qué y hasta cuándo la información personal se facilita a terceros, pues si esta no se protege y muere “*no constitution, no law, no court can save it*”¹⁶⁴². Quizás por ello algunos han apostado por un derecho al olvido como derecho a controlar la información propia que nos concierne y a poder autoregular nuestras identidades digitales en la era de Internet¹⁶⁴³.

4.3. Información personal que lesiona la dignidad, integridad y el libre desarrollo de los colectivos más vulnerables

Cabe recordar que el lema originario bajo el que se concibió EE.UU., en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, poco antes de la creación de su orden constitucional, fue el reconocimiento de manera expresa de “*la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*”¹⁶⁴⁴ como derechos inalienables de toda persona. Lo cierto

¹⁶⁴¹ WALKER, R.K.: “Note – The Right to Be Forgotten...*op.cit.*, p. 285: “*First, it would better align corporate data protection practices with users’ privacy expectations. Second, it would provide clear guidance to website operators as to what data protocols are legally required, which would allow for more efficient business planning and technology investment. Third, prescribing statutory penalties for failing to comply with these standards would provide a powerful incentive to develop more secure data management technologies and to honor user deletion requests in a timely manner. Fourth, a statutory right of data deletion would potentially help to harmonize data protection policies in the United States and Europe and could possibly forestall the adoption of the more constitutionally troubling aspects of the Committee Proposal. Finally, explicit statutory rights of data privacy would engender greater trust in the marketplace for personal data, allowing individuals to disclose personal data without fear that it will be misused*”.

¹⁶⁴² HEINS, M.: “The Right to Be Let Alone...*op.cit.*, p. 72.

¹⁶⁴³ RONAY, J.: “Adults post...*op.cit.*, p.94: “*As the rise of the Internet has allowed us to reply [...] and express ourselves wherever [...] and in an instant, we have forgotten the value of pausing to think before [...] The right to control reflects this change in social norms and allows us to control the aftermath of an impulse decision. The right to control is not an absolute right to forget the bad decisions we made or the feelings we hurt; rather, it is a right to regain our identities and self-regulate the footprint we make in the digital world*”.

¹⁶⁴⁴ Aunque nos podemos remontar a su concepción originaria, curiosamente, en el continente europeo con LOCKE, J.: *El Ensayo sobre el entendimiento humano*, Capítulo XXI, apartado 52 (1690): “*Este es el eje sobre el que gira la libertad de los seres intelectuales en sus constantes búsquedas en pos de la Felicidad verdadera; es decir, el hecho de que puedan suspender esa búsqueda en los casos particulares, hasta no haber mirado más adelante, y haberse informado a sí mismos sobre si esa cosa particular que les es propuesta en un momento determinado es deseada por ellos o está en el camino de su meta principal, y si verdaderamente es una parte del bien mayor que intentan obtener Porque la inclinación y tendencia de sus naturalezas hacia la felicidad constituye para ellos una obligación y un motivo para que eviten confundirla o perderla, y, por tanto, necesariamente es algo que los lleva a actuar de una forma determinada a la hora de orientar sus acciones particulares, acciones que son los medios para conseguir esa felicidad, con cautela, después de una reflexión, con prudencia. Sea cual fuere la necesidad que determina la búsqueda del verdadero bien, ésa es la misma necesidad que obliga a suspender, con igual fuerza, a deliberar y a examinar cada deseo sucesivo, para llegar a saber si no se interpone su satisfacción*”.

es que resulta difícil plantear una búsqueda de esa felicidad en el contexto estadounidense digital, sin la posibilidad de controlar nuestra propia identidad digital y el libre desarrollo personal, sobre todo, para los más necesitados de protección. A pesar de que una ínfima parte de la normativa estadounidense protege, de manera efectiva, la privacidad, a través de mecanismos con análoga fundamentación a la del derecho al olvido digital, sí que han permitido, en la práctica, proteger al individuo contra la divulgación al menos de información personal especialmente sensible o sobre colectivos especialmente vulnerables¹⁶⁴⁵. En los apartados siguientes nos centraremos en analizar el cambio paulatino del “*ethos americano*”¹⁶⁴⁶ al acoger la reinención en el contexto digital para los menores, las personas transexuales y transgénero y las víctimas de conductas abusivas en la Red.

4.3.1. Los menores y datos personales tratados cuando la persona es menor de edad

El ordenamiento jurídico estadounidense siempre ha habilitado protecciones especiales para los menores, especialmente en lo que se refiere al derecho a la intimidad¹⁶⁴⁷ y a la protección de datos personales (simplificado en términos de privacidad de los datos) en la Red. La *Ley de Protección de la Privacidad Online de los Niños* actualmente vigente regula el tratamiento de la información personal¹⁶⁴⁸ que es

en el logro de nuestra verdadera felicidad, y si nos aparta de ella. Creo que en esto radica el privilegio que tienen los seres finitos inteligentes; me gustaría que se considerara detenidamente si no las grandes posibilidades que el hombre tiene para el ejercicio de la libertad, en cuanto es capaz de utilizarla, y que es lo que hace que el hombre le dé un giro u otro a sus actos; en definitiva, este privilegio consiste en lo siguiente: que los hombres pueden suspender sus deseos y detenerlos en la determinación de la voluntad hacia cualquier acción, hasta que hayan examinado de una manera debida e imparcial la bondad o maldad que pueda contraer, de acuerdo con los méritos que el caso les proporcione” (énfasis nuestro). Disponible en: <https://www.getafe.es/wp-content/uploads/Locke John-Ensayo sobre el entendimiento humano.pdf> (p. 110).

¹⁶⁴⁵ Como nos resume Jones, estas se diseñaron para “castigar la divulgación de información personal concreta y contenidos extremos: (1) imágenes íntimas divulgadas sin el consentimiento de la persona, (2) contenido psicológicamente devastador dirigido a menores, (3) contenidos que llegan al nivel del acoso o extorsión”. Vid. JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁴⁶ GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age...*op. cit.*”, p. 914.

¹⁶⁴⁷ Para un análisis exhaustivo, vid. HARRIS, G.: “The privacy rights of minors in a digital age”, en LIND, N.S. y RANDKIN, E. (Eds): *Privacy in the Digital Age. 21st Century Challenges to the 4th Amendment*, Vol. 1, PRAEGER Santa Barbara, 2015, pp. 131-150.

¹⁶⁴⁸ Entendida como Sec. 312.2 de la COPPA: “información recopilada en la Red que identifica individualmente a una persona”. En su lista abierta incluye datos personales tales como el nombre y apellido, la dirección postal o cualquiera de sus elementos, información de contacto como el e-mail o usuario en línea, fotografías, videos, o ficheros que contengan la voz, el número de teléfono, de seguridad social, de cliente, o cualquier identificador digital como es la dirección IP, información relativa a la geolocalización, o cualquier combinación que hace a un menor (o aquellos que tienen la patria potestad) identificable.

obtenida de niños (considerados aquellos menores de 13 años¹⁶⁴⁹) mediante su conducta en línea. El órgano supervisor y encargado del cumplimiento de esta ley vuelve a ser el FTC, que, recordemos, al ser el órgano responsable de la protección del consumidor y la eliminación y prevención de las prácticas comerciales anticompetitivas, y estando la privacidad informativa vinculada al mercado, por tanto, es el único órgano independiente de protección de la privacidad y la protección de datos, al menos en el marco limitado de las prácticas comerciales. La ley tiene la finalidad de proteger a los menores en la Red, más concretamente en el mercado en línea, estableciendo procedimientos específicos¹⁶⁵⁰ y mayor intervención de los padres¹⁶⁵¹ en la recopilación, tratamiento y retención de los datos personales de los menores cuando acceden a cualquier servicio o producto en la Red. No obstante lo anterior, la ley técnicamente

“no protege a los menores de los actos que hagan contra sí mismos [...] [sino que los protege] contra los adultos sin escrúpulos y ansiosos de utilizar sus datos de carácter personal en un espacio de información asimétrico [...] y [por desgracia] deja de protegerlos cuando más lo necesitan, cuando llegan a la plena adolescencia” (traducción propia)¹⁶⁵².

El derecho al olvido se aplicaría sobre información de carácter personal que ha devenido obsoleta, irrelevante, inexacta o dañina para el presente y futuro desarrollo de la persona. Esta información antigua atormenta a la persona y causa todo tipo de repercusiones indeseadas; en el caso de los menores, inconscientes de sus actos en la Red, resulta aún más incuestionable¹⁶⁵³. Aunque existe el “borrado”¹⁶⁵⁴ de información

¹⁶⁴⁹ Vid. Sec. 1302(1) de la COPPA.

¹⁶⁵⁰ Vid. Secs. 1303 y 1304 de la COPPA.

¹⁶⁵¹ Por ejemplo, se requiere autorización parental previa a la recopilación y tratamiento de datos de carácter personal por parte de los operadores comerciales cuando concierne a menores de 13 años cuando el servicio ofrecido va dirigido a los menores o cuando el operador tenga conocimiento de que el consumidor es un menor de 13 años. En este sentido, vid. concretamente Sec. 1303(a)(2) y Sec. 1303(b)(1)(B) de la COPPA.

¹⁶⁵² JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p.67.

¹⁶⁵³ Por ello, hasta la adopción de la normativa vigente, se abogaba por el necesario botón de borrado, para darles a las personas la facultad de eliminar aquella información descuidadamente revelada en su juventud inmadura. Vid., por ejemplo ZAX, D.: “Will There Ever Be An “Internet Erase Button?”, *MIT Technology Review*, 27-04-2011. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/s/423855/will-there-ever-be-an-internet-erase-button/> y “Common Sense Media Calls For New Policy Agenda To Protect Kids And Teens’ Privacy Online”, *Common Sense Media*, 2-12-2010 <https://www.common sense media.org/about-us/news/press-releases/common-sense-media-calls-for-new-policy-agenda-to-protect-kids-and>

¹⁶⁵⁴ Que lo define como “la eliminación de información personal para que no se mantenga en forma recuperable y no pueda recuperarse en el curso normal del negocio del operador en línea” (traducción propia). Vid. Sec. 312.2. de la COPPA.

personal en la COPPA vigente¹⁶⁵⁵, resulta ser una mera referencia y consecuencia relacionada con los principios generales de notificación a la autoridad parental: el operador tiene la “obligación de notificar y obtener el consentimiento verificable de los padres antes de recopilar, usar o divulgar información personal de niños”, y en caso de que este no se otorgue, se activa el borrado de la información que hace al niño o al padre identificable¹⁶⁵⁶. De manera similar, el borrado de información personal se permite como consecuencia indirecta del derecho de acceso de los padres y de su derecho a la revisión de la información personal de sus hijos que un operador tiene en su poder¹⁶⁵⁷.

Dada las escasas garantías y el limitado ámbito de aplicación material de la COPPA, así como la falta de otros instrumentos normativos de protección a nivel federal, no son pocos los intentos a este nivel para regular una suerte de derecho al olvido digital específico para los menores y son numerosos los éxitos legislativos y jurisprudenciales, a nivel estatal, que han reconocido directa o indirectamente este derecho. En el ámbito federal, conviene destacar el *Do Not Track Kids Act* (2018)¹⁶⁵⁸ como el proyecto de ley que expandiría la limitada protección de los niños y adolescentes concedida por la COPPA en el contexto de los servicios digitales. Esta propuesta legislativa aborda la recopilación, divulgación y el uso de información personal, incluida la geolocalización de los menores, por parte de los operadores de sitios web, servicios y aplicaciones digitales dirigidas a menores, para fines comerciales. No cabe la menor duda de que los menores son especialmente vulnerables a las tácticas de la mercadotecnia, debido a su falta de familiaridad con la publicidad y su falta de conocimiento y madurez sobre los riesgos asociados a la privacidad en el contexto de los servicios en línea que utilizan. La última versión¹⁶⁵⁹ de este proyecto de ley se remitió al Senado estadounidense en mayo del 2018 con las siguientes garantías y modificaciones relevantes: (a) amplía la definición de “menor” a los adolescentes de 16 años, (b) amplía el ámbito de aplicación material a

¹⁶⁵⁵ *Id.* Sec. 312.10, en relación con la eliminación de datos cuando ya no sirven para los fines para los que fueron recopilados y tratados y para evitar accesos no autorizados, pero la cláusula es muy imprecisa.

¹⁶⁵⁶ *Id.* Sec. 312.4.

¹⁶⁵⁷ *Id.* Sec. 312.6(2): “*Right of parent to review personal information provided by a child. (a) Upon request of a parent whose child has provided personal information to a Web site or online service, the operator of that Web site or online service is required to provide to that parent the following: [...] (2) The opportunity at any time to refuse to permit the operator's further use or future online collection of personal information from that child, and to direct the operator to delete the child's personal information*”.

¹⁶⁵⁸ *Do Not Track Kids Act of 2018*; 115th Congress, S.2932 y H.R. H.R.5930, 05-23-2018 (“DNTKA”, en adelante)

¹⁶⁵⁹ Tras varios intentos previos: el primero fue en mayo del 2011 ante la Cámara de Representantes (*H.R. 1895 -112th Congress-*), el segundo intento fue en noviembre del 2013 ante el Senado (*S. 1700 -113th Congress-*), y el tercero fue en junio del 2015 de nuevo ante el Senado (*S. 1563 -114th Congress-*). La trayectoria legislativa se encuentra disponible en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/115/s2932>

todo tipo de responsables de tratamiento que proporcionan un servicio en línea y no sólo a aquellos que operan en un sitio web, (c) otorga a los padres la posibilidad de revisar la información personal recopilada sobre sus hijos, (d) se exige que los operadores de servicios digitales adopten una suerte de declaración sobre los derechos de los menores en el contexto del marketing digital (*Digital Marketing Bill of Rights for Minors*¹⁶⁶⁰).

Resulta de obligada referencia el intento fallido de incluir un derecho explícito al olvido digital para los menores en la primera versión del *Do Not Track Kids Act* de 2011¹⁶⁶¹. Ahora bien, en la última propuesta, aparte de los casos en que, por mandato legal, de conformidad con el principio de limitación del tratamiento y de retención, se exija la supresión de información¹⁶⁶², también se ha añadido, como parte del principio de transparencia de las prácticas del responsable del tratamiento de la información personal, la obligación de proporcionar a los menores “*con los medios claros y adecuados para [...] desde el momento que el menor pusiera en conocimiento la inexactitud o imprecisión de la información personal (iv), para efectuar el borrado, rectificación o corrección de dicha información*” (énfasis nuestro)¹⁶⁶³. Del mismo modo, en lo que a un derecho al olvido se refiere, la ley prohíbe a los responsables del tratamiento que hagan pública información personal de menores en los casos contemplados como supuestos de eliminación de datos personales¹⁶⁶⁴, y concretamente obliga a estos, en la medida que sea técnicamente viable, a implementar mecanismos que permitan el borrado de información personal o contenidos públicamente accesibles en la página web, servicio o aplicación cuando esta concierna a menores, sobre todo cuando se cumplan los siguientes requisitos acumulativos: “(i) cuando los datos personales hayan sido facilitados por el menor interesado; (ii) cuando esté públicamente disponible a través de una página web, servicio o aplicación en línea o incluso móvil; y (iii) cuando contenga información personal que concierna a un niño o menor”¹⁶⁶⁵.

No obstante lo anterior, el derecho al olvido no se aplica, como es comprensible, para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por una ley federal o estatal o para el cumplimiento de una misión realizada en interés

¹⁶⁶⁰ Vid. Sec. 5 del DNTKA de 2018.

¹⁶⁶¹ Vid. Sec. 7. *H.R. 1895 -112th Congress-*.

¹⁶⁶² Vid. Sec. 4(4) y Sec. 4(6)(B) del DNTKA de 2018.

¹⁶⁶³ Vid. Sec. 4(6)(A)(v) del DNTKA de 2018.

¹⁶⁶⁴ Vid. Sec. 7 (a) del DNTKA de 2018.

¹⁶⁶⁵ Vid. Sec. 7 (b)(1)(A) del DNTKA de 2018.

público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable¹⁶⁶⁶, y aunque menos comprensible y más preocupante, también en casos en los que los datos personales los ha proporcionado un tercero, sea la fuente original o sea por darle difusión a contenidos ya publicados¹⁶⁶⁷. A pesar de ello, es menester recalcar que dicha normativa posibilitaría una inaccesibilidad efectiva a los datos de carácter personal a través de un ‘botón de borrado’. Este impulso para priorizar el libre desarrollo de la personalidad, la identidad digital y la privacidad de los más vulnerables en la era actual, aunque cuenta con apoyo bipartidista, todavía no se ha materializado en un acuerdo sobre un texto conjunto en ambas cámaras legislativas. Según Siry, a pesar de que esta normativa supondría un obstáculo para otros intereses en juego, y sería un auténtico cambio en el debate estadounidense sobre la privacidad, existe una mayor tolerancia “*a respaldar medidas [de gran alcance] que protejan contra los peligros de la memoria de Internet [...] no solo al mitigar las preocupaciones concernientes a la privacidad de los menores, sino también al protegerlos contra los abusos en la Red*”¹⁶⁶⁸.

En aras de colmar las lagunas de protección de la COPPA, el Estado de California fue pionero en garantizar mayor privacidad a las personas, en general, y reconocerles a los menores un derecho efectivo al olvido digital a través de la incorporación¹⁶⁶⁹, en su *Código de Negocios y Profesiones*, del Capítulo 22.1 (con dos apartados 22580-22582 conjuntamente titulados “Privacy Rights for California Minors in the Digital World”). En enero del 2015 esta modificación entró en vigor y les ha permitido a los menores californianos la posibilidad de solicitar la supresión de información personal accesible en las webs, aplicaciones y demás lugares digitales de los servicios que han utilizado en línea. La inclusión de estos apartados, consagrando un derecho al olvido digital americano (o más bien californiano), único en su especie y tan controvertido en el sistema jurídico norteamericano¹⁶⁷⁰, ha supuesto dos grandes avances en la protección de los más

¹⁶⁶⁶ Vid. Sec. 7 (b)(2)(A) del DNTKA de 2018.

¹⁶⁶⁷ Vid. Sec. 7 (b)(2)(B) del DNTKA de 2018.

¹⁶⁶⁸ SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...* *op.cit.*, p. 336.

¹⁶⁶⁹ A través del Proyecto de ley nº 568 del senado californiano. Para el texto completo, *vid. Senate Bill No. 568, CHAPTER 336: An act to add Chapter 22.1 (commencing with Section 22580) to Division 8 of the Business and Professions Code, relating to the Internet* 23-09-2013. Disponible en: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201320140SB568

¹⁶⁷⁰ Algunos la han catalogado de inconstitucional. En este sentido, *vid. GOLDMAN, E.:* “California's Latest Effort To 'Protect Kids Online' Is Misguided And Unconstitutional”, *Forbes*, 30-09-2013. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/09/30/californias-latest-effort-to-protect-kids-online-is-misguided-and-unconstitutional/>; y BURKE, T.R., ADLER, D.A., DORAN, A.K., y WYRWICH, T.: “California’s “Online Eraser” Law for Minors to Take Effect Jan. 1, 2015”, *Davis Wright Tremaine LLP. Advisory Publication*, 17-11-14. Disponible en: <https://www.dwt.com/californias-online-eraser-law-for-minors-to-take-effect-jan-1-2015-11-17-2014/>.

vulnerables ante una memoria digital infalible. Por un lado, la norma prohíbe a un operador usar, divulgar, recopilar o permitir que un tercero use, divulgue o recopile datos de carácter personal de un menor con el fin de comercializar o publicitar determinados tipos de productos o servicios¹⁶⁷¹; en otras palabras, restringe la accesibilidad de la información disponible al público. Por otro lado, faculta a un menor a solicitar el borrado de sus datos personales, con la consiguiente obligación al operador de eliminar el contenido o la información personal solicitada y de instruir y guiar al menor en el procedimiento de supresión de sus datos¹⁶⁷²; es decir, le devuelve al individuo el control sobre sus propios datos personales, permitiéndole decidir qué información, que le concierne, conocen los demás. Por añadidura, aunque la norma está dirigida particularmente a los sitios web y aplicaciones 3.0 y a las redes sociales, los usuarios pueden solicitar la eliminación de cualquier información personal que ellos mismos hayan publicado en línea.

Según las disposiciones que nos interesan, se considera “menor” cualquier persona física menor de 18 años residente en el estado de California¹⁶⁷³, ampliando la protección hasta la mayoría de edad. Esta modificación, indudablemente, parte de la idea de que los menores, en muchas ocasiones menos conscientes de los riesgos y consecuencias concernientes a la cesión de su información personal, merecen una protección específica, y esta se debe proporcionar con mejores mecanismos de salvaguardia para sus datos personales. A pesar de las novedosas garantías expuestas, estas no se antojan libres de limitaciones, dado que el derecho al olvido sólo se puede ejercitar (i) por el menor antes de cumplir los 18 años¹⁶⁷⁴, (ii) cuando sea un usuario registrado en la página web, aplicación u otro servicio en línea¹⁶⁷⁵, (iii) con respecto a datos personales o contenido que haya proporcionado o publicado directamente el menor¹⁶⁷⁶, (iv) y siempre y cuando se solicite ante un operador cuyo servicio en línea esté específicamente dirigido a menores¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷¹ Vid. apartado 22580 (a) y (b)(1) del *Senate Bill no. 568*.

¹⁶⁷² Vid. apartado 22581 (a) del *Senate Bill No. 568*.

¹⁶⁷³ Vid. apartado 22581(d) del *Senate Bill No. 568*.

¹⁶⁷⁴ *Id.*

¹⁶⁷⁵ Vid. apartado 22581 (a)(1) del *Senate Bill No. 568*.

¹⁶⁷⁶ *Id.* junto con los apartados 22581 (b)(1), (b)(2), (b)(3), (b)(4) y (b)(5) del *Senate Bill No. 568* que analizaremos más adelante.

¹⁶⁷⁷ Vid. apartado 22581 (a)(2) del *Senate Bill No. 568*.

La norma se ha quedado corta, lo que amerita un breve análisis de estas cuatro grandes carencias. En lo que se refiere al ámbito de aplicación personal y temporal del derecho al olvido californiano, la redacción de dicha norma muestra claramente que el único dotado de la facultad de solicitar el borrado de sus datos personales en cualquier momento es el “menor”, es decir, aquella persona antes de cumplir la mayoría de edad¹⁶⁷⁸, ante aquellos responsables del tratamiento que hayan específicamente dirigido sus servicios o productos digitales a menores. En relación con el ámbito de aplicación material, los datos e información personal cubiertos por esta norma son aquellos que han sido facilitados directamente por el usuario registrado menor de edad¹⁶⁷⁹, puesto que este derecho no se aplica cuando los datos de carácter personal se han publicado o se han divulgado por un tercero o de manera anónima, cuando los datos no estén visibles al público registrado pero sigan en poder del operador, aunque pseudo-anonimizados, cuando el tratamiento de los datos sea para el cumplimiento de una obligación legal, o cuando por sí mismo no siga las instrucciones proporcionadas para eliminar el contenido él/ella mismo/a¹⁶⁸⁰. Adicionalmente, se puede dar el caso, y así debe informarlo el operador en línea, que el ejercicio del derecho solicitado no garantice “la eliminación completa del contenido o información publicada”¹⁶⁸¹. Algunos autores, a pesar de reconocer que esta ley consagra un derecho al olvido a la europea¹⁶⁸², dudan sobre la posibilidad de solicitar el borrado de información personal en cualquier circunstancia, aunque los publicase el propio menor, cuando se trata de contenidos con interés periodístico, cuando el contenido sea en sí una noticia, o en general cuando tenga aparejados otros actos y expresiones amparados por la

¹⁶⁷⁸ Así también lo entiende Siry, poniendo en duda la efectividad de este derecho en la práctica. *Vid.* SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, p. 334.

¹⁶⁷⁹ *Vid.* apartado 22581 (a)(1) *in fine* del *Senate Bill No. 568*.

¹⁶⁸⁰ *Vid.* apartado 22581 (b)(1), (b)(2), (b)(3), (b)(4) y (b)(5) del *Senate Bill No. 568*: “An operator or a third party is not required to erase or otherwise eliminate, or to enable erasure or elimination of, content or information in any of the following circumstances: (1) Any other provision of federal or state law requires the operator or third party to maintain the content or information. (2) The content or information was stored on or posted to the operator’s Internet Web site, online service, online application, or mobile application by a third party other than the minor, who is a registered user, including any content or information posted by the registered user that was stored, republished, or reposted by the third party. (3) The operator anonymizes the content or information posted by the minor who is a registered user, so that the minor who is a registered user cannot be individually identified. (4) The minor does not follow the instructions provided to the minor pursuant to paragraph (3) of subdivision (a) on how the registered user may request and obtain the removal of content or information posted on the operator’s Internet Web site, online service, online application, or mobile application by the registered user. (5) The minor has received compensation or other consideration for providing the content”.

¹⁶⁸¹ *Vid.* apartado 22581 (a)(4) del *Senate Bill No. 568*.

¹⁶⁸² JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 100: “California’s child privacy law falls squarely within the oblivion conception of the right to be forgotten, focusing on reputation and development by offering a right to delete damaging content”.

libertad de expresión¹⁶⁸³. Esto es todavía más relevante, si tenemos en cuenta la jurisprudencia embrionaria que sienta las bases para considerar los ‘me gustas’ o equivalentes, en el mundo de los servicios y redes sociales en línea, como expresión protegida bajo la primera enmienda¹⁶⁸⁴, y, por tanto, haciendo inconstitucional su borrado:

*“plantea la duda razonable de si la eliminación del material que ha sido ‘me gustado’ [una foto, un comentario, una actualización del estado o un tweet] vulnera los intereses del usuario que le ha dado a ‘me gusta’, protegidos por la libertad de expresión. Además, ¿qué sucede si un tercero hace un comentario en una entrada, y esta pudiera borrarse en su totalidad?”*¹⁶⁸⁵.

No obstante, como bien apunta Campbell, debido al interés superior que se pretende proteger (la privacidad, libre desarrollo y dignidad de los menores), sería suficiente para asegurar su constitucionalidad en el terreno de la primera enmienda¹⁶⁸⁶. Lee también aboga por otorgar un derecho al olvido a los menores, aunque ello ponga la libertad de expresión en un segundo plano en el examen de conciliación “cuando una publicación en línea verse sobre un acto o conducta vergonzosa cometida siendo menor de edad”¹⁶⁸⁷. Efectivamente, se entendería necesario reequilibrar la balanza entre los derechos de los internautas jóvenes y la libertad de expresión en la Red, en la era 3.0 y 4.0, para proteger, de manera especial, a aquellos que, inconscientemente, van en contra de sus propios intereses y derechos.

Observamos esta sensibilidad jurídica en importantes precedentes jurisprudenciales como, por ejemplo, en el asunto *Doe v. McMillan*¹⁶⁸⁸, mediante el cual, el Tribunal Supremo reconoció las preocupaciones derivadas de la revelación de información personal, sobre el pasado imprudente de un menor, que tendría un impacto negativo en su

¹⁶⁸³ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁸⁴ *Vid.*, por ejemplo, el asunto *Bland v. Roberts*, 730 F.3d 368, 386 -4th Cir.- (2013): “Once one understands the nature of what Carter did by liking the Campaign Page, it becomes apparent that his conduct qualifies as speech”.

¹⁶⁸⁵ SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, pp. 334-335.

¹⁶⁸⁶ Para su examen de constitucionalidad completo, *vid.* CAMPBELL, E.W.: “But It’s Written in Pen: The Constitutionality of California’s Internet Eraser Law”; *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 48, núm. 4, 2015, pp. 583-603.

¹⁶⁸⁷ LEE, E.: “The Right to Be Forgotten...op.cit.”, p. 101.

¹⁶⁸⁸ *Doe v. McMillan* 412 U.S. 306 (1972) que versaba sobre una acción por invasión de la privacidad, interpuesta por los padres de menores que se habían visto identificados en un informe legislativo sobre el sistema escolar del Distrito de Columbia, y concretamente, la difusión de información sobre las ausencias escolares, las notas de exámenes y los procedimientos disciplinarios llevados a cabo.

futuro¹⁶⁸⁹. Aunque finalmente no se les otorgó la protección solicitada, debido a los demás intereses en juego, el tribunal tomó dicha decisión por la inexistencia de un factor concreto (la falta de “republicación” o difusión de dicha información¹⁶⁹⁰), lo cual resulta interesante para extrapolar un derecho al olvido digital para los menores en los EE. UU.: los menores podrían superar este umbral en el caso de que la información fuera universalmente accesible y disponible mediante un motor de búsqueda que localiza la información y la “republica” o difunde instantáneamente a terceros.

También conviene destacar el voto particular del Magistrado Douglas: “*las fechorías e indiscreciones de una persona pueden resultar devastadoras años más tarde cuando el menor ha madurado e intenta iniciar su carrera profesional, para la cual es necesario demostrar tenacidad*”, y señaló la conveniencia de, al menos, anonimizar o excluir los nombres de los niños pues ese dato personal era “totalmente irrelevante” a los efectos del informe legislativo¹⁶⁹¹. Así, observamos dos factores indispensables para la invocación de un derecho al olvido digital, cuando se trata de la accesibilidad a datos personales que son irrelevantes o hayan devenido irrelevantes con el paso del tiempo y cuya exposición es excesiva.

4.3.2. Los datos personales de las personas transexuales y transgénero

Una gran parte de la doctrina estadounidense ha defendido la existencia de un derecho fundamental, vinculado a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad, denominado “autonomía de género”¹⁶⁹², que protege a las personas con identidad transgénero y transexual, vinculada y fundamentada en el *privacy* americano y es extensivamente defendido por parte la doctrina estadounidense basada en la libertad¹⁶⁹³. Weiss, en línea con las teorías de la privacidad decisoria, señala que esta debe ser entendida como la autonomía y el respeto de las decisiones vitales más personales y, “*dado que no hay nada más íntimo y privado que cualquier injerencia en la autodeterminación de género [...]*

¹⁶⁸⁹ *Id.* 308.

¹⁶⁹⁰ *Id.* 310.

¹⁶⁹¹ *Id.* 329-330.

¹⁶⁹² WEISS, J.T.: “The Gender Caste System: Identity, Privacy and Heteronormativity”, *Law & Sexuality*, Vol. 10, 2001, pp. 123-186.

¹⁶⁹³ *Vid.* por todos, WEISS, J.T.: “Gender Autonomy, Transgender Identity and Substantive Due Process: Finding a Rational Basis for Lawrence v. Texas”, *Journal of Race, Gender and Ethnicity*, Vol. 5, núm. 1, 2010, pp. 2-38; SPADE, D.: “Documenting Gender”, *Hastings Law Journal*, Vol. 59, 2008, pp. 731-832; MARKOWITZ, S.: “Note, Change of Sex Designation on Transsexuals’ Birth Certificates: Public Policy and Equal Protection”, *Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol. 14, 2008, pp. 705-717.

un derecho a la privacidad faculta a la persona, incluyendo a las personas transgénero y transexuales, a vivir su vida identificándose con el género de su elección”¹⁶⁹⁴. Asimismo, Weiss ha identificado una segunda vertiente del derecho a la privacidad: el derecho de una persona a que el Estado no revele o divulgue información personal vinculada al género. Efectivamente, aquellos que tienen bajo su poder de control datos personales especialmente sensibles tienen una obligación de no hacer pública esa información: “*con el peligro que eso tiene de discriminación, acoso, peligro físico, y, sobre todo, el efecto amedrentador en la auto identificación, libertad de expresión del individuo en cuestión y en el libre desarrollo de su personalidad e identidad de género*”¹⁶⁹⁵. De este modo, observamos la necesidad de asegurar una autodeterminación (en la que incluimos la informativa) y un autogobierno personal independiente de influencias externas.

El reconocimiento de un derecho a la intimidad y vida privada sin interferencias estatales o por parte de terceros para el colectivo LGBTIQ se encuentra tanto en el derecho constitucional (cuarta y decimocuarta enmiendas) como en el derecho civil común de daños (las acciones de responsabilidad por invasión de la privacidad), respectivamente. Recordemos que el *privacy* americano y las acciones por invasión de la privacidad de Prosser pretenden proteger a la persona cuando su personalidad (podríamos añadir identidad) inviolable es lesionada, pues, si no, la persona sería “*esclava* [de su propia información personal y vida privada], *con una libertad desmigajada y sin esperanza, al servicio de un amo despiadado*”¹⁶⁹⁶. En lo que nos interesa, dos categorías del ya citado *tort privacy* de Prosser son especialmente relevantes: aquella relativa a la difusión pública de hechos privados y la relativa a la distorsión de la imagen. La primera, en efecto, hace alusión a un poder de control sobre la divulgación de datos personales especialmente sensibles como podrían catalogarse la orientación sexual o la identidad de género de una persona; lo que ha llamado Allen un “derecho de divulgación selectiva”¹⁶⁹⁷ para evitar la difusión de aspectos íntimos y datos personales como la orientación sexual o la identidad de género en tanto en cuanto la disponibilidad de este tipo de información personal sensible ha llegado a destruir oportunidades laborales, relaciones comerciales y

¹⁶⁹⁴ WEISS, J.T.: “Gender Autonomy, Transgender Identity and Substantive Due Process: Finding a Rational Basis for Lawrence v. Texas”, *Journal of Race, Gender and Ethnicity*, Vol. 5, núm. 1, 2010, p. 6.
¹⁶⁹⁵ *Id.*

¹⁶⁹⁶ *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68, 80 –Georgia- (1905).

¹⁶⁹⁷ ALLEN, A.L.: “Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs”, *California Law Review*, Vol. 98, 2010, p. 1716.

personales¹⁶⁹⁸. Allen, no obstante, hace un análisis de las cuatro acciones por invasión de la privacidad y subdivide la acción por intrusión en la reclusión catalogándola como la “publicación invasiva de un hecho privado”¹⁶⁹⁹, y la define, en el contexto del colectivo LGBTIQ y datos personales sensibles como la orientación sexual o la identidad de género, como una acción vinculada a una “*publicidad* [o la accesibilidad de información personal] *no deseada*”¹⁷⁰⁰, aunque, como ella misma admite tras el análisis de los asuntos más relevantes, esta acción, en la práctica jurisprudencial estadounidense, no ha prosperado¹⁷⁰¹.

En cambio, la acción relativa a la difusión pública de hechos privados, no sólo es la más invocada ante los tribunales, sino que resulta ser la más garantista en la era digital, en la que las NTIC recopilan, tratan y comparten instantáneamente información de carácter personal, directa o indirectamente generada por el usuario. Esta acción ha resultado ser efectiva para disuadir la revelación indeseada de información personal especialmente sensible: “*ha servido para remediar el daño producido a aquellos cuyas características de género, orientación sexual o el sexo biológico han sido difundidos al público en general sin el consentimiento del afectado*”¹⁷⁰². El asunto *Cason v. Baskin*¹⁷⁰³ fue uno de los primeros precedentes jurisprudenciales de su especie, aceptando una acción por invasión de la privacidad centrada en la publicación, por parte de una vecina en su autobiografía, de hechos privados sensibles relativos a características y rasgos de personalidad no asociados al sexo biológico de otra de sus vecinas¹⁷⁰⁴.

De manera similar, aunque también en instancias inferiores, vemos un intento de proteger a las personas en la era de la ‘superinformación’, en la que la memoria digital colectiva de la Red no olvida ni perdona nuestro pasado, incluso cuando ese pasado virtual contiene información realmente obsoleta y que daña su presente y futuro, en cuanto que está íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad. En el asunto *Diaz v.*

¹⁶⁹⁸ *Vid.*, entre otros muchos, *Weaver v. Nebo Sch. Dist.*, 29 F.Supp. 2d 1279, 1284 -D. Utah- (1998), *Doe v. S.B.M.*, 488 S.E.2d 878, 880 -S.C. Ct. App- (1997), *Prince v. Out Publ’g*, No. B140475, 2002 WL 7999 -Cal. Ct. App.- (2002), y *Uranga v. Federated Publ’ns, Inc.*, 67 P.3d 29, 31 -Idaho- (2003).

¹⁶⁹⁹ ALLEN, A.L.: “Privacy Torts...*op. cit.*, p. 1723.

¹⁷⁰⁰ *Id.* p. 1729.

¹⁷⁰¹ *Id.* pp. 1730-1732.

¹⁷⁰² *Id.* p. 1733.

¹⁷⁰³ *Cason v. Baskin*, 20 So. 2d 243 -Florida- (1944).

¹⁷⁰⁴ Concretamente se resumían en detalles vergonzosos sobre su masculinidad, tendencias dominantes, rasgos físicos y personales poco femeninos, hábitos obscenos o comportamientos extraños con sus amistades y vecinos, aludiendo a que su forma de ser era una abominación cultural como mujer moralmente transgresora. *Vid.* ALLEN, A.L.: “Privacy Torts...*op. cit.*, p. 1736.

*Oakland Tribune*¹⁷⁰⁵, que versaba sobre una acción por invasión de la privacidad relativa a la publicación, en un periódico, del certificado de nacimiento y la subsecuente operación quirúrgica de cambio de género de la actual presidenta del órgano universitario estudiantil, por ejemplo, el tribunal californiano falló a favor de la interesada. En su análisis jurídico, el tribunal alegó no sólo la falta de interés periodístico de la información controvertida y el cumplimiento de los requisitos propios para la ‘prosperabilidad’ de la acción por invasión de la privacidad¹⁷⁰⁶, sino también a elementos propios del derecho al olvido. Por un lado, señaló que la información personal controvertida tenía más de 36 años de antigüedad¹⁷⁰⁷, y, por otro lado, aludió al daño emocional y psicológico sufrido y a la violación flagrante de la dignidad humana por el mero hecho de darle publicidad a información personal concerniente a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a un pasado que no se corresponde con la realidad actual¹⁷⁰⁸, y que además era excesiva¹⁷⁰⁹.

En efecto, como apunta Allen, vemos el interés de privacidad protegido a través de una divulgación selectiva de información personal especialmente sensible¹⁷¹⁰. La identidad sexual, el sexo biológico y su autodeterminación informativa sobre datos relativos al género eran cuestiones íntimas y datos personales, que, aunque no eran completamente secretos, debían poder controlarse por la interesada dado que dicha información personal no era parte del dominio público¹⁷¹¹ y, sobre todo, dado que la interesada llevó a cabo medidas positivas para construir su propia identidad en el espacio público, rectificando aquellos documentos públicos para dejar constancia de su identidad de género como realmente la sentía y no en función de cómo nació¹⁷¹².

También resulta interesante, aunque no directamente relacionado con este colectivo, el ya citado asunto *Haynes v. Alfred A. Knopf Inc.*, en tanto en cuanto trataba sobre

¹⁷⁰⁵ *Diaz v. Oakland Tribune*, 139 Cal. App. 3d 118 (1983).

¹⁷⁰⁶ *Id.* 125-130. A saber, que la información revelada era de naturaleza privada y no pública y resultaba altamente ofensiva para cualquier persona razonable y había sido difundida con desprecio imprudente y causando graves repercusiones emocionales para la afectada.

¹⁷⁰⁷ *Id.* 123.

¹⁷⁰⁸ *Id.* 136-137.

¹⁷⁰⁹ *Id.* 137-138.

¹⁷¹⁰ ALLEN, A.L.: “Privacy Torts...*op. cit.*”, p. 1743.

¹⁷¹¹ Esto fue el factor determinante por el que, años más tarde, en el asunto *Schuler v. McGraw-Hill Cos.*, 989 F. Supp. 1377 -D.N.M.- (1997) no se aceptara la acción por invasión de la privacidad, ya que la interesada, también una mujer transgénero sí que hizo pública dicha información en numerosos medios periodísticos para dar publicidad a los problemas sociales y los procedimientos médicos disponibles sobre estas cuestiones, contando sus experiencias personales.

¹⁷¹² *Id.*

información del pasado, que aunque cierta entonces o “históricamente correcta”, el interesado deseaba que quedara en el olvido; esta acción por invasión de la privacidad podría prosperar, según el tribunal, cuando dicha información fuera vergonzosa, “profundamente personal o privada, dolorosa e impactante” entre las que incluían toda una serie de actos y conductas relativas a “tabús”, o aquellas sobre “detalles físicos íntimos”, “procedimientos médicos”, o “información gráfica sobre la sexualidad”¹⁷¹³. De igual manera que en *Diaz v. Oakland Tribune* y en *Haynes v. Alfred A. Knopf Inc.*, podría prosperar un derecho al olvido digital, en la medida en que la información de la fuente original no se eliminaría, pero sí se destruiría el enlace que automáticamente vincularía el nombre de una persona con aquellas características físicas del pasado que no se corresponden con la realidad actual y cuya difusión y accesibilidad universal e instantánea ponen en peligro su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad e identidad.

Con respecto a la acción por invasión de la privacidad debida a la distorsión de la imagen que se da de una persona, indudablemente obtiene relevancia en el caso de las personas transexuales y transgénero. Esta acción hace referencia a la atribución de características o rasgos inexactos o a las declaraciones sobre una persona que pueden generar falsas impresiones. Sin entrar a valorar las alegaciones de distorsión de la imagen que han prosperado en el contexto de atribuciones erróneas sobre la orientación sexual¹⁷¹⁴, analizaremos los asuntos relativos a atribuciones erróneas sobre la personalidad o el estilo de vida, por estar más vinculadas al colectivo objeto de este apartado, aunque adelantamos que estas nunca suelen prosperar. De nuevo, en el asunto *Schuler v. McGraw-Hill Cos*, la interesada también invocó una invasión de la privacidad por distorsión de la imagen en tanto en cuanto implicaba que sólo se había cambiado de sexo para ocultar un registro de la Comisión de Valores y Bolsa americana y no con la intención de curar su disforia de género¹⁷¹⁵, aunque esta no llegó a prosperar por no cumplir todos los requisitos¹⁷¹⁶. En

¹⁷¹³ *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F3d 1232-1234 -7th Cir.- (1993) y su correspondiente análisis en GAJDA, A.: “Privacy, Press and the Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 230.

¹⁷¹⁴ *Vid.*, por todas y en orden cronológico inverso, *Thompson v. Doe*, No. 2010CV183037, -Ga. Super. Ct.- (2010), *D.C. v. Harvard-Westlake Sch.*, 98 Cal. Rptr. 3d 300 -Cal. Ct. App.- (2009), *Jews for Jesus, Inc., v. Rapp*, 997 So.2d 1098, 1114 -Florida- (2008), *Langford v. Sessions*, No. 03-255 (CKK) -D.D.C.- (2005), *Albright v. Morton*, 321 F. Supp. 2d 130 -D. Mass- (2004), *Nazeri v. Missouri Valley Coll.*, 860 S.W.2d 303, 312 -Montana- (1993), *Douglass v. Hustler Magazine, Inc.*, 769 F.2d 1128, 1135 -7th Cir.- (1985), *Schomer v. Smidt*, 170 Cal. Rptr. 662 -Cal. Ct. App.- (1980), *Geisler v. Petrocelli*, 616 F.2d 636, 639 -2d Cir.- (1980).

¹⁷¹⁵ *Schuler v. McGraw-Hill Cos.*, 989 F. Supp. 1384-1385 -D.N.M.- (1997).

¹⁷¹⁶ El tribunal finalmente concluyó que el artículo en cuestión sugería preguntas legítimas sobre si el cambio de sexo se hizo con la intención de ocultar hechos del pasado, y dado que se requería que se demostrara la falsedad del hecho publicado. *Id.* 1385-1390.

otras ocasiones, la falta de ‘prosperabilidad’ de esta acción se ha debido a la consideración de que los temas tratados gozan de interés público, y por tanto periodístico, por tratarse de asuntos de relevancia social y la protección vertida por el supracitado absolutismo de la primera enmienda; así sucedió en los asuntos *Dominick v. Index Journal Co*¹⁷¹⁷ y *Albright v. Morton*¹⁷¹⁸, entre otros. Por ello, en los últimos años se ha utilizado la acción relativa a la imposición intencional de angustia emocional (*intentional infliction of emotional distress tort*) como potencialmente favorable a este tipo de afectados¹⁷¹⁹.

La efectividad parcial de gran parte de los mecanismos jurídicos estadounidenses para proteger la privacidad de este colectivo ha sido más que criticada, sobre todo con respecto al test de razonabilidad, puesto que si ‘una persona razonable’ no es una ‘persona razonable del colectivo LGBTIQ’, rara vez se superará dicho examen. En efecto, lo que es ofensivo para el colectivo LGBTIQ, que lucha por su libertad, igualdad, dignidad e intimidad, no siempre se considera ofensivo para la hipotética persona de a pie, sobre todo en sede judicial:

“La homosexualidad, el género heterodoxo y el cambio de sexo fueron considerados moralmente reprochables, peligrosos o incluso un ilícito penal. El anonimato y la divulgación [o no divulgación] voluntaria son necesidades que han surgido en tiempos de intolerancia y discriminación. Mientras estos existan contra el colectivo LGBT, la necesidad de reclusión, confidencialidad y divulgación selectiva de la información deberá mantenerse [y garantizarse] también” (traducción propia)¹⁷²⁰.

Allen, además, prevé, en un futuro no muy lejano, una sociedad estadounidense más tolerante, en la que la orientación sexual, la identidad de género, o cualquier información vinculada a esta materia dejará de requerir una protección especial¹⁷²¹. También alude al necesario respeto de su privacidad, entendida, como la entendían Brandeis y Warren, como el derecho a ser dejado en paz¹⁷²²; nosotros aquí evidentemente también incluimos el derecho a ser dejados en paz sobre nuestro pasado, o, si se prefiere, el derecho a dejar un pasado obsoleto, irrelevante, y con efectos negativos excesivos, en paz. Aunque nos

¹⁷¹⁷ *Dominick v. Index Journal Co.*, No. 99-CP-24-370, 2001 WL 1763977 -S.C. Ct. Com.Pl.- (2001).

¹⁷¹⁸ *Albright v. Morton*, 321 F. Supp. 2d 130, 136 -D. Mass.- (2004).

¹⁷¹⁹ En este sentido, *vid. Simpson v. Burrows*, 90 F. Supp. 2d 1108, 1131 -D. Oregon- (2000).

¹⁷²⁰ ALLEN, A.L.: “Privacy Torts...*op. cit.*”, p. 1764.

¹⁷²¹ *Id.* pp. 1762-1763.

¹⁷²² *Id.* p. 1764.

sumamos a su esperanzador deseo, este colectivo necesita que sus derechos estén garantizados, y aunque de por sí limitado, un derecho, si no a controlar qué información personal se mantiene completamente secreta, al menos, a poder controlar el flujo y la visibilidad de este tipo de información tan sensible, resulta imprescindible. Este derecho, precisamente consagrado sobre el fundamento jurídico del respeto de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación informativa, protegería a este colectivo especialmente vulnerable que requiere de una aceptación de su identidad actual y no de aquella pasada con la que no sólo jamás se identificó, sino cuyo recordatorio constante supone un daño moral y una imposibilidad de avanzar. Así, un derecho al olvido digital coadyuvaría a una verdadera y completa autorrealización personal.

4.3.3. Los datos personales divulgados como acto vengativo

De igual manera que la innovación tecnológica y la transformación digital han cambiado radicalmente el modelo de negocios y la economía, también han dado pie a una revolución social, cambiando nuestra relación con la tecnología y cómo interactuamos con los demás. La Red, por su propia naturaleza y por sus posibilidades, se ha convertido no sólo en una herramienta que favorece la libertad de expresión en la mayor medida posible, sino también en la mayor fuente de información y conocimiento sobre el mundo que nos rodea. A pesar de las enormes ventajas que ofrecen las NTIC, en la era del *sexting*¹⁷²³ y el intercambio masivo de información, sea de manera privada o por las redes sociales, nos encontramos con fenómenos nunca vistos, que acarrearán riesgos sin precedentes para la intimidad, la protección de datos personales especialmente sensibles, en particular, y que suponen una injerencia en la dignidad y el libre desarrollo de la persona¹⁷²⁴.

¹⁷²³ Entendida como la práctica social de compartir imágenes de contenido sexual a través del móvil o de cualquier otro tipo de instrumento de comunicación digital. Esta práctica, desgraciadamente, se ha convertido en una práctica de lo más habitual: según Klettke et. Al., un tercio de los adolescentes entre 16 y 17 años y la mitad de los jóvenes adultos confiesan haber realizado o realizar esta práctica social. Vid. KLETTKE, B., HALLFORD, D. J., y MELLOR, D. J.: “Sexting prevalence and correlates: A systematic literature review”, *Clinical Psychology Review*, Vol. 34, núm. 1, 2014, pp. 44-53.

¹⁷²⁴ Numerosos estudios han demostrado que las víctimas de estas prácticas suelen ser humilladas y desarrollan problemas de autoestima, depresión, ansiedad y ven mermada su libertad y dignidad. Vid., en este sentido los trabajos de ALBURY, K., y CRAWFORD, K.: “Sexting, consent and young people's ethics: Beyond Megan's story”, *Continuum*, Vol. 26, núm. 3, 2012, pp. 463-473; y HASINOFF, A.A., y

Por ello, otro contexto en el que un derecho al olvido digital sería aceptado por el ordenamiento jurídico estadounidense sería en el caso de lo que se conoce comúnmente como sextorsión, pornografía vengativa (*revenge porn*)¹⁷²⁵ o *non-consensual pornography*¹⁷²⁶; en otras palabras, la difusión, sin consentimiento previo, de imágenes o mensajes especialmente íntimos, normalmente de contenido sexual, con el fin de exponer a la persona o lucrarse de ella. Recordemos el archiconocido caso de 2014 cuando hackearon cientos de fotografías privadas de personajes famosos, en su mayoría mujeres, mediante ataques de *phishing*, fotos que fueron posteriormente publicadas en diversas páginas web y redes sociales¹⁷²⁷. La incidencia de esta práctica social vengativa no ha hecho más que crecer en los últimos años, no sólo contra famosos¹⁷²⁸, sino también contra cualquier ciudadano de a pie¹⁷²⁹. Según estudios recientes, los más vulnerables a verse implicados, tanto desde la perspectiva del infractor como desde la de la víctima, son los menores (y concretamente, los adolescentes), sobre todo por la falta de madurez a la hora de relacionarse con terceros a través de las NTIC y su uso de la Red¹⁷³⁰. No obstante lo

SHEPHERD, T.: "Sexting in context: Privacy norms and expectations", *International Journal of Communication*, Vol. 8, 2014, pp. 2932-2415, entre otros.

¹⁷²⁵ SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, p. 336.

¹⁷²⁶ JONES, M.L.: *Crtl+Z...op. cit.*, p. 71; y ANTANI, R.: "The Resistance of Memory...op. cit.", p. 1201.

¹⁷²⁷ ARTHUR, C.: "Naked celebrity hack: security experts focus on iCloud backup theory", *The Guardian*, 01-09-2014. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2014/sep/01/naked-celebrity-hack-icloud-backup-jennifer-lawrence>; y MCCOY, T.: "4chan: The 'shock post' site that hosted the private Jennifer Lawrence photos", *The Washington Post*, 02-09-2014. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fnews%2fmorning-mix%2fw%2f2014%2f09%2f02%2fthe-shadowy-world-of-4chan-the-shock-post-site-that-hosted-the-private-jennifer-lawrence-photos%2f%3f&utm_term=.83ec5d01b673

¹⁷²⁸ Sea realizado por un hacker anónimo contra un famoso, *vid.* por ejemplo, ROGERS, K.: "Leslie Jones, Star of 'Ghostbusters,' Becomes a Target of Online Trolls", *The New York Times*, 19-07-2016. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/07/20/movies/leslie-jones-star-of-ghostbusters-becomes-a-target-of-online-trolls.html>; o el propio famoso contra su ex-pareja, *vid.* el famoso caso de Rob Kardashian y Blac Chyna, en WINTON, R.: "Revenge porn? Rob Kardashian posts sexually explicit images supposedly of Blac Chyna on social media", *LA Times*, 06-07-2017. Disponible en <https://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-revenge-porn-kardashian-20170705-story.html>

¹⁷²⁹ CHIARINI, A.: "I was a victim of revenge porn. I don't want anyone else to face this", *The Guardian*, 19-11-2013. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/19/revenge-porn-victim-maryland-law-change>

¹⁷³⁰ El paradigma socio-digital lo explican muy bien Halder y Jaishankar: "[...] *the children of web 2.0 era from the age group of 13 and even below have also started to use the internet and the digital communication medium to express themselves. Children own individual Facebook, MySpace profile, email ids and YouTube account. Apart from these accounts in the virtual space, children often own mobile phones equipped with all modern gadgets like the inbuilt camera, MMS and SMS system apart from modern speaking and hearing devices [...] Easy availability of the digital gadgets [...] embracing the digital communication medium and the internet. As such, the maturity level of the children has been highly influenced by this gradual change of social usage of digital communication modes. Children below 18 have taken to SMS texting, email, internet chatting and cyber socializing for connecting with their school friends and also for dating [...] Nowadays, humiliation through revenge porn in the cyberspace against ex-girl/boyfriends has become rampant. Revenge porn is often adopted by individual who are dumped by their ex-partners [...] victim may go through acute trauma due to the compounded effect of the huge humiliation created due to the revenge porn, breach of trust as well as unwarranted ruffling up*". *Vid.* HALDER, D. y JAISHANKAR,

anterior, el grupo más vulnerable, independientemente de su edad, es el colectivo femenino¹⁷³¹. Por un lado, en muchas ocasiones, las imágenes controvertidas son inicialmente generadas y compartidas con el consentimiento de la persona, normalmente en el marco de una relación sentimental, mientras que, en otras, las imágenes son producidas sin el conocimiento o sin el consentimiento de la persona, se han hecho en secreto o mediante coerción; también se da el caso de que estas fotos son editadas o adulteradas para mayor humillación de la víctima. Por otro lado, la difusión masiva de estas imágenes por la Red también puede hacerse de diversas maneras y por motivos diferentes; su diseminación puede darse como respuesta a la ruptura unilateral de una relación, teniendo una de las partes estas imágenes bajo su poder debido a la habitual práctica del *sexting*, o puede darse a través de una intrusión informática no autorizada o *hacking* de dichos datos. La difusión o publicación de la misma se suele dar a través de las redes sociales o en páginas especialmente dedicadas para ello¹⁷³². En cualquiera de los casos, la consecuencia es la misma: ciertos datos personales, especialmente sensibles, son divulgados a terceros, con el fin de humillar y sin el consentimiento de la persona afectada.

K.: "Revenge Porn by teens in the United States and India: A Socio-Legal Analysis", *International Annals of Criminology*, Vol. 51, núm. 1-2, 2013, pp. 85-87.

¹⁷³¹ LENHART, A., YBARRA, M., y PRICE-FEENEY, M.: "Nonconsensual Image Sharing: One in 25 Americans has been a Victim of 'Revenge Porn', *Data & Society Research Center for Innovative Public Health Research Data Memo/Report*, 2016, p. 16. Esto lo corroboran otros estudios como los recogidos por encuestas del Cyber Civil Rights Initiative, Inc. Disponible en: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf> : el 83% de las víctimas habían compartido las imágenes íntimas con el responsable; el 90% de las víctimas eran mujeres; el 68% tenían entre 18 y 30 años; el 57% de las víctimas declararon que los responsables fueron sus exnovios; los datos de carácter personal que se publican con la fotografía son el nombre completo, dirección del correo electrónico, usuario de las redes sociales, dirección postal, número de teléfono, dirección del trabajo, el 93% de las víctimas confesaron haber sufrido angustia emocional significativa, el 82% vieron su trabajo, vida social y relaciones personales mermadas o perdidas, el 42% tuvieron que recurrir a servicios psicológicos, el 49% se sintió ciberacosado, el 54% teme que sus hijos actuales o futuros descubran este material, el 25% ha tenido que borrar sus perfiles sociales y crearse una nueva identidad online como respuesta a los acosos y vejaciones online, el 54% ha tenido dificultades para concentrarse en el trabajo o escuela, el 26% ha tenido que ausentarse de su vida laboral o académica, el 55% temen que su reputación y oportunidades laborales se vean limitadas por la accesibilidad universal de esta información, el 42% ha tenido que dar explicaciones a sus superiores sobre ello, el 51% han tenido pensamientos suicidas por la humillación pasada y el 3% ha confesado haberse cambiado legalmente su nombre para evitar ser vinculado a estos hechos en el futuro.

¹⁷³² Recordemos el famoso caso de Hunter Moore, el creador de la página web más famosa a este respecto, finalmente siendo condenado por la difusión de fotos obtenidas mediante medios ilícitos. Vid. en este sentido, JIMÉNEZ CANO, R.: "El rey del porno vengativo, condenado a dos años de cárcel. Tendrá que indemnizar con 145 dólares a cada víctima y pasará tres años con acceso limitado a Internet", *El País*, 7-12-2015. Disponible en:

https://elpais.com/internacional/2015/12/05/estados_unidos/1449298747_554805.html

Este tema social tan necesitado de regulación ha sido estudiado desde la óptica de múltiples disciplinas; desde la faceta psicológica¹⁷³³ hasta la penal¹⁷³⁴. La falta de mecanismos jurídicos específicos y efectivos para mitigar o eliminar los daños, así como la falta de responsabilidad por parte de los operadores virtuales por los contenidos que los usuarios de la Red publican en ella, y la lentitud de la justicia son algunas de las muchas causas que hacen difícil la tarea de velar por las víctimas¹⁷³⁵. Sin entrar a analizar la legislación federal y estatal en materia de pornografía vengativa en los EE. UU.¹⁷³⁶, sí que resulta conveniente, en lo que concierne al derecho americano a la privacidad, y la posibilidad de un derecho al olvido, las implicaciones y los mecanismos jurídicos que otorga el ordenamiento estadounidense en aras de proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas en estos casos. A pesar de las dificultades, en clave constitucional¹⁷³⁷, se podría defender la inclusión de este tipo de información como una de las pocas excepciones al absolutismo de la primera enmienda¹⁷³⁸, como un supuesto

¹⁷³³ En este sentido, *vid.*, por todos, KAMAL, M. y NEWMAN, W.J.: “Revenge Pornography: Mental Health Implications and Related Legislation”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, Vol. 44, núm. 3, 2016, pp. 359-367.

¹⁷³⁴ Pensemos en las implicaciones en materia penal al considerarse, en los EE. UU., este tipo de divulgación de fotografías de contenido sexual como posesión y difusión de pornografía infantil *Vid.*, entre otros, los trabajos de LEARY, M.: “Sexting or Self-Produced Child Pornography? The Dialogue Continues-Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response”, *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, Vol. 17, núm. 3, 2010, pp. 486-566; OSTERDAY, M.: “Protecting minors from themselves: Expanding revenge porn laws to protect the most vulnerable”, *Indiana Law Review*, Vol. 49, 2018, pp. 555-577; y, de manera más genérica y reciente, CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá”, *Revista de derecho penal*, Vol. 24, 2016, pp. 149-174; KEATS CITRON, D., y FRANKS, M.A.: “Criminalizing revenge porn”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 49, 2014, pp. 345-391; y HAYNES, J.: “Legislative Approaches to Combating ‘Revenge Porn’: A Multijurisdictional Perspective”, *Statute law review*, Vol. 39, núm. 3, 2018, pp. 319-336.

¹⁷³⁵ KEATS CITRON, D., y FRANKS, M.A.: “Criminalizing revenge porn...*op.cit.*”, y WOLAK, J., y FINKELHOR, D.: *Sextortion: Findings from a survey of 1,631 victims*, NH: Crimes Against Children Research Center & Thorn, 2016.

¹⁷³⁶ En este sentido, *vid.* <http://kellywarnerlaw.com/revenge-porn-laws-50-state-guide/>

¹⁷³⁷ Las dos caras de la moneda las resume HARRISON, A.: “Revenge Porn: Protected by the Constitution?”, *The Journal of Gender, Race & Justice Blog*, Vol. 18, 2015/2016: “Because the anti-revenge-porn criminal statutes at issue are content-based speech restrictions, the State has the burden of showing they meet strict scrutiny. While content-based speech restrictions are presumptively invalid, legal scholars argue that the Supreme Court has held “where matters of purely private significance are at issue, First Amendment protections are less rigorous.” One scholar on the subject posited that such laws are likely to be upheld because the specific nude pictures involved “have nothing to do with public commentary about society.” There is some support for the notion that the laws will be upheld as cyber-stalking laws have not been found to violate the First Amendment. Other scholars believe that anti-revenge porn statutes are criminalizing protected expression. They maintain that the “First Amendment is not a guardian of taste.” [...] What has been clear is that the laws must be carefully constructed to avoid trampling on protected first amendment grounds. However, it is not completely out of the question for the Supreme Court to place revenge porn in the zone of no protection as it has done with child pornography and obscenity”.

¹⁷³⁸ REY, P.J., y BOESEL, E.: “Cyberbullying, Creepshots, and Revenge Porn: Three Case Studies In Augmented Subjectivity”, *Selected Papers of Internet Research- The 15th Annual Meeting of the Association of Internet Researchers*, núm. 15, 2014, pp. 1-3; y KEATS CITRON, D.: “Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 93, 2018, pp. 1035- 1074.

que activaría la acción por invasión de la privacidad relativa a la difusión pública de hechos privados¹⁷³⁹, así como la existencia de un limitado o genérico derecho al olvido¹⁷⁴⁰ para conseguir un objetivo importante como es devolverle la libertad, autonomía y dignidad a la persona víctima de este acto denigrante. El cambio de mentalidad social por la universalidad de la Red (“en el mundo interconectado de hoy, mis asuntos privados se han convertido en los asuntos de todo el mundo”¹⁷⁴¹) no resulta positivo para los derechos más fundamentales y personalísimos del individuo:

“la víctima del porno vengativo podría, al menos, solicitar la supresión de los enlaces, en la página de resultados del motor de búsqueda, que vinculan su nombre con las imágenes que atenten contra su dignidad. Reduciendo las posibilidades de que amistades, familia y compañeros de trabajo se topen con estas imágenes sería suficiente para mitigar las consecuencias más terribles para la víctima. Es fácil entender por qué existe un interés marcado para proteger la privacidad en estos casos a través de la eliminación de enlaces sobre esta cuestión [...] un derecho al olvido que haga inaccesibles estos contenidos en la Red se encontraría justificado en la defensa del derecho a la privacidad”¹⁷⁴².

Por si todo ello no planteara en sí mismo grandes retos, y lejos de suponer que los pequeños avances conseguidos hacia la implementación de un derecho al olvido en los EE.UU. impliquen un reconocimiento expreso o una garantía efectiva, cabe concluir con las últimas apuestas estadounidenses que, si bien no reconocen una primacía de la protección de datos frente a la libertad de expresión, sí que han apostado por transformar los mecanismos de privacidad como fundamento para un derecho al olvido estadounidense por otro valor y principio menos conocido pero igualmente anclado en el ordenamiento estadounidense: el llamado *revisability principle*, definido como la capacidad de un individuo de modificar o cambiar sus opiniones, creencias y la concepción sobre sí mismo independientemente de lo que pudiera afirmar en el

¹⁷³⁹ Pues recordemos que la acción requiere que la información divulgada sea de contenido privado, no ser de interés público y haber sido difundido de una manera que resulte ofensiva para una persona razonable; el publicar, en una página web, indexada por cualquier motor de búsqueda, imágenes gráficas de contenido sexual, como venganza contra una persona, normalmente mujer, con el fin de humillar, entraría perfectamente en este supuesto.

¹⁷⁴⁰ SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, pp. 336-339.

¹⁷⁴¹ SIRY, L.: *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two...op.cit.*, p. 343.

¹⁷⁴² ANTANI, R.: “The Resistance of Memory...op. cit.”, p. 1202.

pasado¹⁷⁴³. No cabe la menor duda de que los esfuerzos por preservar el “estatus quo” informativo “interfiere deliberadamente” en la capacidad del individuo de “aprender algo nuevo”, de cambiar de opinión o identidad, o, en definitiva, de desarrollarse personalmente¹⁷⁴⁴. Bajo el prisma de la libertad ideológica o la autonomía personal es fácil de entender tanto para un público europeo como uno estadounidense; en lo concerniente a revisar información o hechos del pasado, quizás ello resulte más complicado.

Ahora bien, cabe recordar que esta capacidad ha estado profundamente arraigada a la cultura estadounidense, como valor constitucional que no requería de protección o ejecución expresa por los límites propios de la tecnología¹⁷⁴⁵. Así, la casuística legislativa y jurisprudencial tuvo que dar prioridad al interés en jaque por la falibilidad de la memoria humana y los archivos físicos en los que se plasmaba. En otras palabras, la hegemonía de la Primera Enmienda surgió precisamente en una época, al contrario que hoy en día, en la que el olvido era la regla y el recuerdo la excepción¹⁷⁴⁶. Además, precisamente ante las fuertes críticas pro-libertad de expresión, cabe reflexionar sobre la conexión entre la oportunidad de revisar las opiniones personales o el pasado y la libertad de expresión, considerándolo algunos un elemento central de la misma¹⁷⁴⁷.

En tal sentido, Tutt nos proporciona numerosas ventajas (o “resultados moralmente valiosos”¹⁷⁴⁸) de la supracitada capacidad de revisión para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. En primer lugar concluye que la revisión de uno mismo fomenta la autenticidad personal y social y evita la autocensura; es decir, la capacidad de reconsiderarse alenta al individuo a compartir la versión auténtica de sus opiniones, ideas, preferencias, y, en definitiva, de su personalidad, sin miedo a represalias o juicios futuros,

¹⁷⁴³ TUTT, A.: “The revisability principle”, *Hastings Law Journal*, Vol. 66, núm. 4, 2015, pp. 1118-1119, y 1121.

¹⁷⁴⁴ YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “Is Data Speech...*op.cit.*”, p. 60.

¹⁷⁴⁵ *Id.* pp. 1116-1117: “Revisability was not a public value we were often required to defend because it was a value that individuals could easily protect on their own. The capacity to engage in significant revision [...] remained robust because much of what happened was unrecordable, could be prevented from recordation, was naturally limited in its potential dissemination, or would quickly fade from memory”.

¹⁷⁴⁶ *Id.*, p. 1117: “the Supreme Court has crafted First Amendment jurisprudence in a world in which [...] Legal protections for revisability offered little marginal value at a time when most individuals could depend on the fallibility of memory to protect their capacity to engage in self-reflection and change”.

¹⁷⁴⁷ *Id.* p. 1120: “The prominent apparent counterexamples at the heart of First Amendment jurisprudence [...] represent a balancing of values appropriate to their time and technological context, between the important need to preserve a space for public debate that is robust, uninhibited, and wide open, and the need to preserve a space for individuals to reflect on their conceptions of themselves, and revise what they believe”.

¹⁷⁴⁸ Para un examen de cada uno de ellos, *id.* pp. 1122-1126.

y por ende, forjando y entablando relaciones sociales veraces y más significativas. En segundo lugar, argumenta que la revisión de uno mismo fomenta la experimentación expresiva y la innovación intelectual, en tanto en cuanto el individuo se siente libre para experimentar y participar en conductas de “riesgo”, sea participar en un chat sobre la visualización de material indecente, contar un chiste en las redes sociales a bailar ebrio en una fiesta.

Estos experimentos o pequeños ejercicios de la libertad personal y de expresión, insignificantes y inocentes de manera aislada y en un contexto espacio-temporal determinado, cuando se agrupan y se hacen accesible a terceros de manera instantánea e universal van formando un perfil o una representación de quiénes somos que pueden estar muy alejados de la realidad actual; cuestión que puede mermar la libertad de expresarse, mediante actos o palabras, y experimentar con los roles y normas sociales libremente. En tercer lugar, argumenta que la revisión de uno mismo fomentaría la habilidad de hablar con total libertad y no participar en el debate público de manera anónima. En cuarto lugar, argumenta que la revisión de uno mismo garantiza de manera efectiva el derecho a cambiar de opinión, creencia o pensamiento pues elimina el desafío de tener que persuadir a terceros de que uno ha evolucionado o cambiado con respecto a opiniones o ideas pasadas. En quinto y sexto lugar, argumenta que la revisión de uno mismo, como mera opción disponible en caso de necesidad, aumentaría la autonomía y libertad personal y expresiva. Y el séptimo y último lugar, argumenta que, por todas las razones anteriores, la revisión de uno mismo tendría un impacto positivo y significativo en la democracia deliberativa¹⁷⁴⁹.

Si bien muchos argumentan que el principio de revisión se conciliaría mejor con la poderosa libertad de expresión, no debemos descartar que el derecho al olvido, tal y como se concibe en el continente europeo también podría encajarse en el ordenamiento jurídico estadounidense. La praxis jurisprudencial ha confirmado que el examen de ponderación

¹⁷⁴⁹ Sobre este último argumento apunta que “*la democracia en sí misma depende en gran medida del principio de revisabilidad, de la idea de que las personas y sus opiniones pueden cambiar, de que pueden ser convencidas de unirse y abrazar una causa con la que alguna vez estuvieron en desacuerdo. Sociedades enteras se han paralizado por una falta de voluntad o incapacidad de ir allende los acontecimientos de un pasado distante [...] la idea de que no debería preocuparnos una sociedad en la que se sabe todo lo que todos han hecho [o dicho] y anteriormente han creído [...] adolece de varios defectos. Primero, tergiversa la realidad sugiriendo que los individuos no sufrirán si se ven obligados a dar cuenta de creencias, opiniones o asociaciones pasadas [...] En cambio, las personas que han cambiado de opinión son regularmente castigadas y coaccionadas cuando las creencias, ideas y asociaciones de un pasado lejano salen a la luz*”. Id. pp. 1129-1130.

libertad de expresión-privacidad ofrece menos protección para la primera cuando esta se sustenta en la divulgación de contenidos e información puramente privada, pues su limitación, al contrario de lo que sería información fáctica, no arriesgaría ningún “intercambio positivo de ideas” (meaningful dialogue of ideas)¹⁷⁵⁰. Así, si no existiera un interés imperioso en divulgar los datos personales o cualquier información identificativa de naturaleza íntima, estos datos podrían ser objeto de desindexación, cuando no de supresión. De hecho, algunos autores lo han rebautizado como el derecho a controlar la información personal¹⁷⁵¹.

Concluimos el presente capítulo tomando prestadas las sabias palabras del Magistrado Douglas, padre de la teoría de la penumbra constitucional (*penumbral reasoning* ó *constitutional reasoning-by-interpolation*)¹⁷⁵², mediante la cual es el máximo responsable de la acogida constitucional del derecho a la privacidad y, por ende, el que dejó plantada la semilla del futuro derecho al olvido estadounidense, en el voto particular que efectuó en el asunto *United States v. White* (1970):

“[...]Estar solo, estar con la compañía de nuestra elección, ser dejados en paz, decir los que pensamos o sin pensar lo que queremos, es ser uno mismo... Pocas conversaciones serían lo que son si el hablante pensara que otros estaban escuchando [...] la incapacidad de influir en cosas que son importantes son factores despersonalizantes y deshumanizantes de la vida moderna. [...] penetrar el último refugio del individuo, la poca privacidad que queda, la base de la dignidad individual, [...] la calidad de nuestras vidas [...] no puede ser bueno [...] ¿Debe el mundo vivir con el miedo de que cada palabra pronunciada se transmita, se grabe y luego se reproduzca al mundo entero? No puedo imaginar nada que tenga un efecto más paralizante en la libertad de las personas a pensar y expresar su punto de vista sobre asuntos importantes. Los defensores de ese régimen

¹⁷⁵⁰ Recordemos la jurisprudencia constitucional ya analizada en el asunto *Snyder v. Phelps* (2011), citando su anterior jurisprudencia en *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* (1985).

¹⁷⁵¹ RONAY, J.: “Adults post the darndest things: [ctrl shift] freedom of speech to [esc] our past”, *University of Toledo Law Review*, Vol. 46, núm. 1, p. 89: “the right to be forgotten would need to be re-conceptualized in the United States [...] would benefit from a right to control—a right that encompasses the right to control one’s personal data, the right to understand when one’s personal data is used, and the right to dictate how one’s personal data can be used”.

¹⁷⁵² Así lo ha llamado REYNOLDS, G.H.: “Penumbral Reasoning on the Right”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, 1992, p. 1334; y se ha adherido RIDEOUT, C.J.: “Penumbral Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation”, *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, Vol. 7, 2010, p. 171.

deberían pasar algún tiempo en países totalitarios y aprender de primera mano el tipo de régimen que están creando aquí [...]”(traducción propia)¹⁷⁵³.

¹⁷⁵³ *United States v. White*, 401 U.S. 745, 763-765 (1971).

CAPÍTULO V: LAS GARANTÍAS NORMATIVAS DEL DERECHO AL OLVIDO DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL ATENCIÓN AL RGPD Y NORMAS CONEXAS

1. Protección específica en la Unión Europea: situaciones subjetivas

1.1. Claridad conceptual.

Si bien las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, tradicionalmente llamados ‘grupos’ o ‘colectivos’ vulnerables han tendido a agruparse bajo el mismo término, lo cierto es que pertenecen a una amalgama heterogénea de colectivos bien diferenciados¹⁷⁵⁴. En efecto, no existe una lista exhaustiva de qué personas o grupos se consideran vulnerables, y tal y como se ha constatado anteriormente, en ocasiones serán razones específicas de la persona (su materialización psico-biológica) y en otras ocasiones serán circunstancias sobrevenidas las que originen su susceptibilidad a daño o discriminación (digital) y su capacidad de reaccionar frente al mismo. Así, y no obstante lo primero, lo que les une, y en lo que nos centramos para catalogar su vulnerabilidad, es el encontrarse en situaciones desventajosas a la hora de ver respetados sus derechos y, sobre todo, de ejercerlos de manera efectiva en el ámbito tecno-digital. Por eso, hemos decidido diferenciar entre las situaciones de vulnerabilidad de índole subjetiva (lo que también se ha llamado el “ámbito subjetivo de protección”¹⁷⁵⁵), es decir, situaciones en las que sólo puede verse envuelto cierto colectivo de personas, y las de índole objetiva, es decir, situaciones en las que se puede ver envuelta cualquier persona por el objeto de la relación en la que se encuentra.

A continuación examinaremos algunas de las situaciones subjetivas de vulnerabilidad que pueden verse afectadas por la revolución tecno-digital actual y, por ende, las más necesitadas de un derecho al olvido. Para mayor coherencia textual, trataremos los mismos tres colectivos vulnerables ya analizados en el apartado 4.3 del Capítulo precedente de manera más detallada (a saber, los menores, las personas transexuales y transgénero y las víctimas de violencia) e introduciremos algunas otras situaciones de

¹⁷⁵⁴ SANZ CABALLERO, S.: “Presentación...*op.cit.*”, p. 11.

¹⁷⁵⁵ JIMENA QUESADA, L.: “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed) *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 16.

vulnerabilidad y propuestas de regulación en el seno de la UE, que sentarán las bases para una investigación postdoctoral más ambiciosa.

1.2. La protección de las personas más vulnerables a través del derecho al olvido: análisis de algunos ejemplos por antonomasia

Por lo que atañe a colectivos en situación de vulnerabilidad, en las páginas siguientes trataremos sólo algunos (aquellos que consideramos más necesitados de un derecho al olvido tal y como lo concebimos en este trabajo), sin que ello, como adelantábamos con anterioridad, deba interpretarse como una relación cerrada, exclusiva o excluyente y sin el objeto de establecer ni defender ninguna suerte de jerarquía de protección pues toda persona tiene derecho a la misma dignidad y todo interesado disfruta de una serie de garantías para el control de su información personal garantizadas por la dimensión positiva del derecho fundamental a la protección de datos. Así pues, somos conscientes que las personas mayores requieren de un derecho al olvido como garantía del cuidado integral, debido a los riesgos que el cocktail innovación tecnológica-falta de competencia digital trae consigo¹⁷⁵⁶, que las personas con discapacidad necesitan de un derecho al olvido como garantía de la no estigmatización e inclusión social¹⁷⁵⁷, que los itinerantes,

¹⁷⁵⁶ Vid., para una visión general, SEATZU, F.: “Reshaping EU Old Age Law in the Light of the Normative Standards in International Human Rights Law in Relation to Older Persons, IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds) *Protecting Vulnerable Groups The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Portland, 2015, pp. 49-70; y específicamente en el terreno de la protección de datos, GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. y DE MIGUEL MOLINA, M.: “La protección de datos de las personas mayores, necesidad y reto para una innovación tecnológica de calidad”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.) *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 565-594; y DE LA SERNA BILBAO, M.N.: “Las tecnologías de la información: derecho a la privacidad, tratamiento de datos y tercera edad”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, núm. 8 (Ejemplar dedicado a: Ancianidad, Derechos Humanos y calidad de vida: Una cita entre generaciones, un desafío de este tiempo, 2011, pp. 1-52.

¹⁷⁵⁷ Para algunos la discapacidad, como elemento inherente y característico de cierto colectivo, en el contexto y modelo social actual supone un elemento añadido de vulnerabilidad. Vid. WIESBROCK, A.: “Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?”, en IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds) *Protecting Vulnerable Groups The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Portland, 2015, pp. 71-94. Si bien no hay lugar a duda que la Red de Internet han facilitado la inclusión de este colectivo en numerosas facetas de la vida cotidiana, no es menos cierto que esta también ha sido fuente de discriminación e instrumento contra su dignidad. Vid., respectivamente, EUROPAPRESS, “7 de cada 10 personas con discapacidad creen que las nuevas tecnologías facilitan su inclusión laboral”, *EuropaPress*, 11-07-2019. Disponible en: <https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-cada-10-personas-discapacidad-creen-nuevas-tecnologias-facilitan-inclusion-laboral-20190711163228.html>; y DE PINEDO EXTREMERA, E., ALMONACID RAMOS, J.C., TURRERO MARTÍN, M., y GONZÁLEZ PÉREZ, S.: *El acoso y el ciberacoso escolar en el alumnado con discapacidad*, Fundación Once, Madrid, 2019. Disponible en: <https://www.consaludmental.org/publicaciones/Acoso-ciberacoso-escolar-alumnado-discapacidad.pdf> <http://semanal.cermi.es/noticia/reportaje-acosados-por-discapacidad-basado-guia-acoso-ciberacoso-escolar-en-alumnado-discapacidad.aspx>

en su sentido más amplio, requieren de un derecho al olvido como garantía a la inclusión social¹⁷⁵⁸, y que los presos precisan de un derecho al olvido (si bien sujeto a límites) como garantía de reinserción social¹⁷⁵⁹. Trataremos con mayor abundamiento la protección jurídica, a través de la garantía del derecho al olvido, de los menores, las personas trans y las víctimas de violencia.

1.2.1. Los menores: el derecho al olvido como garantía del libre desarrollo de una personalidad en construcción

Como ya apuntábamos en los capítulos introductorios, la identidad digital es la suma de nuestra presencia repartida por los recovecos digitales, y la construcción de la misma en la era digital no se limita sólo a quiénes somos en la Red, o mejor dicho, quién dice la Red que somos (a saber, nuestra cubierta o portada digital) sino que se configura también en función de lo que hacemos en ella. La identidad en su versión digital, al igual que su versión clásica, no sólo se concibe como un pilar básico de la interacción social sino también del propio desarrollo de la personalidad. En ambos procesos de construcción las personas, en general, y los menores, en particular, experimentan con su propia identidad y con otras nuevas, mediante diferentes formas de expresión:

“los jóvenes dedican gran parte de su tiempo a crear y compartir momentos, experiencias, pensamientos o aspectos de la vida que reflejan en 140 caracteres o en una fotografía que captura un instante de lo que viven en tiempo real. Porque esta generación, si lo vive, lo comparte. Las redes sociales son la herramienta que permite compartir la vida de manera instantánea, que refleja comportamientos que siempre han existido: un encuentro feliz entre amigos, un anhelo personal, una

¹⁷⁵⁸ Interesantes aportaciones se han realizado en relación a los riesgos de privacidad de los inmigrantes y demás colectivos itinerantes con respecto a las bases de datos vinculadas al Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia y demás asuntos de interior. *Vid.*, como ejemplos, a nivel genérico BROUWER, E.: “International cooperation and the Exchange of personal data: safeguarding trust and fundamental rights”, en CARRERA, S. y MITSILEGAS, V. (Eds) *Constitutionalising the Security Union. Effectiveness, rule of law and rights in countering terrorism and crime*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2017, pp. 73-86; y a nivel específico: VAVOULA, N., GERRY, F. y MURASZKIEWICZ, J.: “The Role of Technology in the Fight against Human Trafficking: Reflections on Privacy and Data Protection Concerns”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 32, núm. 2, 2016, pp. 205-217; y más recientemente, GARCÍA MAHAMUT, R. y VIGURI CORDERO, J.: “La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el (nuevo) sistema europeo común de asilo: grandes desafíos y graves deficiencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2018, pp. 237-270; VAVOULA, N.: *Immigration and Privacy in the Law of the European Union – The Case of Databases*, Brill, Leiden, 2019.

¹⁷⁵⁹ Basta con citar la obra de JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I.: *El Derecho al olvido digital del pasado penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2018.

*repulsa ante una situación injusta, una búsqueda de empleo... Lo que las redes sociales han conseguido ha sido facilitar el medio para que todo lo que ya existía transcurra con mayor inmediatez y sin fronteras espacio-temporales*¹⁷⁶⁰.

Y, por supuesto, la construcción de la identidad se ve distorsionada en la era digital dada la supracitada inexistencia de límites espacio-temporales en el terreno digital, con la proliferación flexible, automática e universal de la información. En efecto, en el infocosmos, han desaparecido todas las barreras que, antaño, dificultaban el acceso al conocimiento, fuera de interés general o de índole privada, su utilización y conservación por tiempo ilimitado y de manera descontextualizada; no en vano ha sido bautizada “*un lugar de comunicación multidireccional abierto a todos y a todos los contenidos*”¹⁷⁶¹. A ello se le añaden los cambios sociales derivados del vertiginoso y mutado avance informático, entre los que cabe destacar la exaltación de la libertad de expresión, la demanda social por un acceso maximizado a la información y las nuevas formas de ocio y de relacionarse con los demás en los entornos en línea.

Estos retos, no obstante, como hemos visto, son genéricos, afectando a todos los sujetos que interaccionan en la Red. No obstante, nos atrevemos a decir que los riesgos a los que quedan expuestos los menores en la era tecno-digital son más numerosos, variados y peligrosos en función de su edad: puede tratarse de descargas de malware, el descubrimiento de contenidos inapropiados o dañinos para su desarrollo, la comunicación con adultos desconocidos, difusión de información íntima o personal a audiencias no intencionadas o volverse víctima de acoso de cualquier índole en el espacio digital¹⁷⁶². Además, a ello se le suma la experimentación que hacen los jóvenes de su propia identidad y personalidad a través de las NTIC: “*porque en cada texto, imagen o vídeo que suben a su blog o a su página web en la red social, se preguntan quiénes son; cómo se ven a sí misma/o; cómo me ven las/os demás y ensayan perfiles diferentes a los que asumen en la vida real*”¹⁷⁶³.

¹⁷⁶⁰ GARCÍA GALERA, M.C. y FERNÁNDEZ MUÑOZ, C.: “Las redes sociales o el hábitat digital de los jóvenes”, *TELOS*, núm. 107 (junio-septiembre), 2017, p.2

¹⁷⁶¹ GIL ANTÓN, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 19.

¹⁷⁶² VAN DEN BERG, B.: “Colouring Inside the Lines: Using Technology to Regulate Children’s Behaviour Online”, en S. VAN DER HOF ET AL. (Eds.), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety-Information Technology and Law Series 24*, Springer, La Haya, 2014, p. 67.

¹⁷⁶³ Quesada citando a Morduchowicz en QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género y el ciberacoso en las redes sociales: análisis y herramientas de detección” en VERDEJO ESPINOSA, M.A.

No cabe duda de que Internet se ha convertido en un instrumento indispensable (algunos incluso lo han catalogado de “insustituible”) en la socialización de los menores. Si bien se les cataloga de nativos digitales, precisamente por su falta de experiencia de los peligros del entorno virtual y su falta de madurez, no llegan a ser conscientes “*del valor de su privacidad e intimidad, del valor de sus datos y su relación con la ciberseguridad. Tampoco de la amenaza implícita, pero cierta, que supone su sobrexposición en redes sociales*”¹⁷⁶⁴. Desde la Psicología y la Neurobiología¹⁷⁶⁵, se ha estudiado la vulnerabilidad específica de los niños, y sobre todo, de la persona adolescente, directamente ligado a los procesos de transformación, desarrollo neurohormonal y adaptación psico-social, los cuales explican, como causa principal, “*los comportamientos, pensamientos, aptitudes y predisposiciones a conductas de riesgo que él y la adolescente manifiestan*”¹⁷⁶⁶. Por poner algunos ejemplos:

*“al tener las acciones guiadas más por la amígdala y menos por la corteza frontal cómo ocurría cuando se es adulto/a predisuestos/as a [...] Actuar impulsivamente, no tienen en consideración las posibles consecuencias sus acciones [...] Malinterpretar las señales sociales y emocionales [...] Participar en comportamientos arriesgados [...] cambios hormonales [...] influyen irremediamente en los estados emocionales y de atención/concentración adolescente [...] etapa la apariencia, la imagen física juega un importante papel, es una etapa de sentimientos egocéntricos [...]van encaminados a desarrollar el ‘yo’ autónomo maduro [...] retos y condicionantes emocionales [...] Búsqueda de sí mismo/a, de su identidad =Autoafirmación de su personalidad”*¹⁷⁶⁷.

A este respecto, Gil Antón recalca que es un hecho indiscutible que los menores pertenecen a un colectivo especialmente vulnerable en la era digital puesto que vierten cantidades considerables de información “*mayor tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde un punto de vista cualitativo*”, haciéndoles proclives a conductas y comportamientos libres de preocupación y encabezados por el egoísmo, la libertad y la

(Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 131.

¹⁷⁶⁴ PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Ciberacoso sexualizado y ciberviolencia de género en adolescentes. Nuevo marco regulador para un abordaje integral”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14 (enero-junio), 2019, p. 56.

¹⁷⁶⁵ Como máximo exponente en España, *vid.* ORTIZ, T.: *Neurociencias y Educación*, Alianza editorial, Madrid, 2009.

¹⁷⁶⁶ QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género...*op. cit.*”, p. 113.

¹⁷⁶⁷ *Id.* pp. 114-116.

necesidad de obtener estímulos inmediatos, sin “considerar su proyección de futuro [...] así como a despreciar o minusvalorar los riesgos”¹⁷⁶⁸.

Los retos específicos para los menores se reflejan en una serie de particularidades, propias de su edad y del sistema socio-digital en el que se envuelven, que aumentan su vulnerabilidad en la Red, y que, a efectos de este trabajo, resumiremos en dos, que se minimizan con el reconocimiento y garantía de un derecho al olvido. En primer lugar, cabe destacar que los menores están presentes de manera activa en la Red a edades cada vez más tempranas (por ello los llamamos ‘nativos digitales’¹⁷⁶⁹, o si se prefiere, “generación interactiva”¹⁷⁷⁰) y que el disfrute de las nuevas formas de jugar, crear, aprender, autoexpresarse y experimentar en ella implica nuevas formas de revelar cantidades cada vez más crecientes de datos de carácter personal. En efecto, el llamado “debate generacional” se circunscribe a la “presencia creciente, intensa y cualitativamente nueva de los menores en las redes sociales [y que ampliamos a los demás frutos –a veces envenenados- de la era digital]”¹⁷⁷¹. Además, a ello se le añade, en segundo lugar, que los menores no sólo son, por el estadio de madurez y desarrollo neuro-psicológico en el que se encuentran, más emocionales¹⁷⁷² e impulsivos¹⁷⁷³, sino que también son menos capaces de afrontar situaciones inquietantes, de evaluar potenciales situaciones peligrosas y las consecuencias, a corto y largo plazo, de sus acciones y

¹⁷⁶⁸ GIL ANTÓN, A.M.: “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho (UNED)*, núm. 16, 2015, p. 313

¹⁷⁶⁹ Un estudio interesante desde la perspectiva socio-tecnológica lo encontramos LÓPEZ HERREROS, A.: “El rey de internet y los nativos digitales”, *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 108, 2015 (Ejemplar dedicado a: Jóvenes y generación 2020), pp. 125-142.

¹⁷⁷⁰ SÁBADA CHALEZQUER, C.: “Rasgos configuradores de la generación interactiva en España: retos educativos y sociales”, en JORDÀ CAPITÁN, E.R. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dir.) *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Madrid, 2014, p. 11.

¹⁷⁷¹ RODOTÁ, S.: “Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, p. 35.

¹⁷⁷² Lo que se ha denominado también “volatilidad emocional”. Vid. MACENAITE, M. y KOSTA, E.: “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 26, núm. 2, 2017, p. 147.

¹⁷⁷³ Así lo ha descrito numerosa doctrina científica, desde sus orígenes: PRENSKY, M.: “Digital natives, Digital Immigrants”, *On the Horizon*, MCB University Press, Vol. 9, núm. 5, 2001, pp. 1-6. Vid., obras más recientes como las de GIEDD, J.N.: “The Teen Brain: Insights from Neuroimaging”, *Journal of Adolescent Health*, Vol. 42, núm. 4, 2008, p. 335; BESSANT, J.: “Hard Wired for Risk: Neurological Science, the Adolescent Brain and Developmental Theory”, *Journal of Youth Studies* Vol. 11, núm. 3, 2008, p. 358; STEINBERG, L.: “Risk Taking in Adolescence: New Perspectives from Brain and Behavioral Science”, *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 16, núm. 2, 2007, p. 55; y, más recientemente, LIVINGSTONE, S., HADDON, L., GÖRZIG, A., ÓLAFSSON, K.: *Risks and safety on the internet: the perspective of European children, full findings. EU Kids Online*, London School of Economics and Political Science, Londres, 2011. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/33731/> ALBERT, D., CHEIN, J., y STEINBERG, L.: “The Teenage Brain: Peer Influences on Adolescent Decision Making”, *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 22, núm. 2, 2013, pp. 114-120.

experiencias virtuales¹⁷⁷⁴. Es indiscutible que los menores utilizan la Red a edades cada vez más tempranas y son particularmente vulnerables al embaucamiento y otras formas de explotación en el mundo virtual¹⁷⁷⁵. Además, la revelación y difusión que los menores hacen de sus propios datos de carácter personal, o de los datos de terceros, se lleva a cabo de manera impulsiva e inconsciente de los riesgos que ello supone para su presente y futuro. A modo de resumen, la neurociencia ha probado que la habituación al riesgo produce cambios estructurales y funcionales en el cerebro en fase de maduración de los adolescentes, reduciendo o incluso inhibiendo la percepción del peligro, lo que les puede llevar a aceptar riesgos cada vez mayores.

Precisamente con respecto a falta de resiliencia (lo que, recordemos, Fineman definía como la capacidad de afrontar emocionalmente determinadas situaciones de vulnerabilidad), esa falta de capacidad de respuesta o de adaptación ante la adversidad, el trauma, las amenazas o situaciones de estrés, se ve de manera clara en los menores, en tanto en cuanto tienen a su alcance menos recursos y habilidades para lidiar con las realidades destructivas que ofrece la Red. Ello queda suficientemente plasmado no sólo en los estudios empíricos sobre las preocupaciones de y sobre los jóvenes europeos de hoy en día¹⁷⁷⁶, sino también en las últimas, recurrentes estadísticas y sombrías noticias acerca de la falta de resiliencia psicológica de los más jóvenes; a modo de ejemplo, basta con señalar que el suicidio se ha convertido en la tercera causa de muerte entre los adolescentes y jóvenes adultos, siendo, el ciberacoso el “rey en casos de jóvenes que pierden la vida a causa de Internet”¹⁷⁷⁷. Del mismo modo, la presión para mantener la popularidad, el exhibicionismo, la aceptación de los pares, o sentirse parte de la comunidad digital siguiendo las tendencias virales se vienen convirtiendo en las causas principales de este trágico final¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁴ TRUAN, C.: “Prólogo”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, p. 7; PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Introducción. Redes sociales y privacidad del menor. Temas para el debate”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 16-17.

¹⁷⁷⁵ Desde abusos sexuales en línea, usurpación de datos personales hasta la visualización de peligrosas campañas y retos virtuales destinados a promover prácticas autolesivas o peligrosas para la integridad física y psicológica de este colectivo.

¹⁷⁷⁶ Vid, por todos, MASCHERONI, G. y ÓLAFSSON, K.: *Net Children Go Mobile: Risks and Opportunities*, Educatt, Milan 2014.

¹⁷⁷⁷ FERNÁNDEZ, L.: “El lado oscuro de las redes sociales”, *CUV3*, 19-11-2017. Disponible en: <https://www.cuv3.com/2017/11/19/lado-oscuro-las-redes-sociales/>

¹⁷⁷⁸ ATUSALVD: “José Luis Carrasco: “Las redes sociales pueden fomentar el suicidio porque potencian la soledad del joven deprimido”, *La Razón*: 10-09-2019, Disponible en: <https://www.larazon.es/atusalud/jose-luis-carrasco-las-redes-sociales-pueden-fomentar-el-suicidio-porque-potencian-la-soledad-del-joven-deprimido-que-se-siente-el-unico-pringado-e-LJ24879130>

Si bien se ha defendido que los riesgos para los menores en el entorno digital no son únicamente complejos y multifacéticos sino que además no son significativamente diferentes de los que se encuentran fuera del mismo debido a que no surgen necesariamente de la tecnología en sí sino de los comportamientos *offline* que se extienden al espacio *online*¹⁷⁷⁹, las injerencias en los derechos más fundamentales que pretende restaurar el derecho al olvido son precisamente aquellas que son propias del entorno *online*. Sin duda, hay parte de verdad en sostener que los mayores riesgos a los que se exponen los menores son precisamente pautas de comportamiento social que cobran inusual protagonismo y cuyas consecuencias se ven exponencialmente extendidas en la Red (véase el caso estrella del ciberacoso). Sin embargo, en lo que a la necesidad del derecho al olvido respecta, es precisamente el cambio de las reglas del juego de la transformación social y, sobre todo, tecno-digital en la Red la que ha provocado la necesidad de ‘forzar’ un olvido, aunque limitado, haciendo más difícil y menos inmediata la accesibilidad de información personal a través de búsquedas genéricas.

Al hablar del “binomio indisociable: los jóvenes y las redes sociales”¹⁷⁸⁰, es necesario incidir en que el actual uso inconsciente que los menores hacen, en el marco de su libertad y desarrollo socio-personal, de la Red, conjuntamente con las características propias de esta, agravan singularmente las injerencias en su dignidad presente y futura. De tal manera, la cesión y divulgación de información de carácter personal por parte del menor en la Red conlleva, inexorablemente, su inmediata y universalizada puesta a disposición, a través de búsquedas genéricas con su nombre con todo lo que ello puede acarrear: desde “*la apertura del mundo privado del niño ante los ojos del comerciante electrónico que no sólo vigila, sino que reconstruye el entorno digital del niño para manipular su sentido de identidad y seguridad*”¹⁷⁸¹ hasta el estancamiento del desarrollo de la personalidad e identidad en tanto en cuanto no pueden controlar el retrato digital que hace de ellos la omnipotente Red, y, por ende, dada sus limitadas habilidades de gestión o confrontación emocional, acaban sucumbiendo a las consecuencias nefastas de sus palabras o actos en la Red.

El panóptico digital que han creado los motores de búsqueda, asistidos por la Red de Internet, el auge de la libertad de expresión y la presión social por compartir todos los

¹⁷⁷⁹ CASAROSA, F.: “Protection of minors online...*op.cit.*”, p. 3.

¹⁷⁸⁰ GARCÍA GALERA, M.C. y FERNÁNDEZ MUÑOZ, C.: “Las redes sociales...*op.cit.*”, p.1

¹⁷⁸¹ STEEVES, V.: “It's not child's play: The online invasion of children's privacy”, University of Ottawa Law and Technology Journal, Vol. 3, núm. 1, 2006, p. 186.

pensamientos y aspectos vitales ha supuesto, para aquellas personas todavía en proceso de desarrollo, un verdadero e ilimitado riesgo de victimización, cobrando auténtico sentido la paradoja de la privacidad y requiriendo soluciones contundentes al respecto. De hecho, los propios jóvenes han ideado soluciones a través de su comportamiento online en aras a proteger su identidad y desarrollo personal en la Red, dado que el “celibato” o la “abstinencia” cibernética¹⁷⁸² no son soluciones factibles en los tiempos que corren, pues los menores prefieren sacrificar su privacidad antes que no estar conectados con sus pares o no tener visibilidad: “la necesidad de ser vistos es mucho mayor que los miedos respecto a intrusiones a la intimidad” (traducción propia)¹⁷⁸³. Algunas de estas soluciones incluyen estrategias de gestión de los datos personales compartidos en la Red para evitar futuras afectaciones y arrepentimientos a través de la creación de varias cuentas, de perfiles falsos o pseudónimos digitales¹⁷⁸⁴, la autocensura, limpiezas periódicas de los muros, las entradas o las publicaciones, o bien ‘desetiquetándose’ de fotografías potencialmente problemáticas, gestionando las configuraciones de privacidad para ocultar información a determinadas personas, mintiendo sobre su ubicación real¹⁷⁸⁵, etc. El que se ha proclamado por muchos como el derecho humano al anonimato en la Red, o cuando menos una garantía o estrategia digital para habitar en ella de forma más tranquila¹⁷⁸⁶, parece necesitar ir aparejado de

¹⁷⁸² Como ya anunciaba LARSEN, S.: *La reina en el palacio...op.cit.*, p. 380

¹⁷⁸³ TUFEKCI, Z.: “Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online Social Network Sites”, *Bulletin of Science, Technology & Society*, Vol. 28, núm. 1, 2008, p. 34.

¹⁷⁸⁴ De ahí han nacido palabras comúnmente utilizadas por los jóvenes tales como *finsta* (de la unión de fake + Instagram).

¹⁷⁸⁵ Para más información sobre el comportamiento de los niños en línea, sus estrategias de autoprotección en internet y las ventajas del anonimato, *vid.*, de manera genérica DANS, E.: “Sobre anonimato y redes sociales” *ED Blog*, 06-08-2011. Disponible en: <https://www.enriquedans.com/2011/08/sobre-anonimato-y-redes-sociales.html>; y en el caso de menores, JAMES, C.: *Disconnected: Youth, New Media, and the Ethics Gap*. The MIT Press. Cambridge, 2014; y WANG, Y., NORCIE, G., KOMANDURI, S., ACQUISTI, A., LEON, P.G., y CRANOR, L.F.: “I Regretted the Minute I Pressed Share: A Qualitative Study of Regrets on Facebook.” *Actas del VII Simposium on Usable Privacy and Security*, celebrado del 20-22 de julio de 2011 en Pittsburgh, Pennsylvania. Disponible en: <https://dl.acm.org/citation.cfm?doid=2078827.2078841>; UNICEF: *La seguridad de los niños en línea. Retos y estrategias mundiales*, Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia, 2012; y el *Informe A/69/335 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de 21 de agosto de 2014* (p. 19).

¹⁷⁸⁶ Resultan interesantes los trabajos de ROIG I BATALLA, A.: “El anonimato y los límites a la libertad en internet”, en COTINO HUESO, L. (Coord.) *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 321-335; MARTIN, J.A. y FARGO, A.L.: “Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol. 16, num. 2, 2015, pp. 311-339; y de VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Derecho al honor en Internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 44, 2017. Además, así lo ha dejado claro a nivel internacional el propio Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos en el ya citado *Informe A/HRC/29/32 sobre el uso del cifrado y el anonimato para ejercer libertad de opinión y expresión en la era digital* de 22 de mayo de 2015.

mecanismos que pretendan alcanzar el mismo resultado: desarrollarse libremente en la Red, sin sufrir escrutinio externo hostil o hipotecas vitalicias en el ámbito socio-personal, profesional o económico.

Partiendo de la premisa de que la revolución tecnológica y la transformación digital, si no invita, cuando menos abre la puerta a su abuso o mal uso, resulta difícil encontrar el equilibrio entre intereses aparentemente en conflicto: por un lado, garantizar la libre construcción de la personalidad de aquellos que están todavía en etapas de desarrollo, y por otro lado, proteger la privacidad y evitar discriminaciones y estigmas presentes y futuros, en función de los datos que consten en la Red, se hayan compartido de manera inconsciente o no, se hayan difundido por ellos mismos o no, precisamente porque ello mismo comporta consecuencias nefastas para la otra cara del desarrollo que se pretende proteger. No obstante, al igual que se ha proclamado a nivel internacional, debemos recordar que el anonimato y la privacidad, en su versión del derecho al olvido, es “la puerta a la libertad de opinión y expresión”¹⁷⁸⁷; o en otras palabras, es el punto de partida para garantizar el verdadero ejercicio de las mismas.

No hay lugar a duda de que estas cuestiones, relativas a la necesidad de una protección específica para los menores, que no habían sido previamente reguladas¹⁷⁸⁸, han sido verdaderas preocupaciones a nivel europeo, impulsando un elenco de instrumentos jurídicos programáticos y vinculantes: “[debemos ahora debatir] si la era digital está mejorando o socavando los derechos de los niños [...] [sobre todo teniendo en cuenta cuestiones relativas a] la privacidad tanto en línea como fuera de línea, al derecho a la información y a la libertad de expresión, y a la protección contra amenazas sexuales y agresivas mediadas y amplificadas por internet” (traducción propia)¹⁷⁸⁹. En efecto, la *datificación*¹⁷⁹⁰ masiva de las vidas de los niños y adolescentes aumenta a ritmos vertiginosos y exponenciales. De hecho, estudios recientes han constatado que más de la

¹⁷⁸⁷ KAYE, D.: *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión A/HRC/29/32 sobre el uso del cifrado y el anonimato para ejercer libertad de opinión y expresión en la era digital* de 22 de mayo de 2015 (p. 7).

¹⁷⁸⁸ VAN DER HOF, S.: “No Child’s Play: Online Data Protection for Children”, en S. VAN DER HOF ET AL. (Eds.), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety-Information Technology and Law Series 24*, Springer, La Haya, 2014, p. 128.

¹⁷⁸⁹ LIVINGSTONE S.: “Reframing media effects in terms of children’s rights in the digital age”, *Journal of Children and Media*, Vol. 10, núm. 1, 2011, p. 5

¹⁷⁹⁰ LUPTON, D., y WILLIAMSON, B.: “The datafied child: the dataveillance of children and implications for their rights”, *New media & Society*, Vol. 19, núm. 5, pp. 780-794; y VAN DER HOF, S.: “I Agree. . . Or Do I? — A Rights-Based Analysis of the Law on Children’s Consent in the Digital World”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 34, núm. 2, 2017, p. 104.

mitad de las páginas webs y aplicaciones digitales que utilizan los menores recopilan e utilizan posteriormente sus datos e información personal¹⁷⁹¹.

Los niños, como personas, dotadas de dignidad, son titulares de derechos y no meros objetos de protección, pero, debido a su limitada capacidad jurídica, o de obrar, quedan sujetos a regulaciones y protecciones especiales. Allende el reconocimiento internacional¹⁷⁹², que plantea una especial protección de los derechos humanos de este colectivo vulnerable, entre los que indudablemente cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25)¹⁷⁹³ y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 16)¹⁷⁹⁴, en el seno de la UE los derechos digitales de los niños y adolescentes se han visto legitimados, no sólo desde la perspectiva de los derechos de la infancia, reconocidos tanto en el derecho europeo constitutivo, como en el derecho derivado y en el *soft law* o derecho programático, sino también desde el prisma del derecho fundamental a la protección de datos. Los derechos de los niños han ido paulatinamente evolucionando en el seno de la UE, de manera *quasi* sectorial, dado el paulatino proceso de integración europea. No obstante, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa un verdadero proceso de constitucionalización europeo se forjó con referencias pormenorizadas sobre la protección de los menores en el seno de la UE. Así, en lo que al derecho primario (o constitutivo) se refiere, en primer lugar, el art. 3 TUE establece, como objetivo europeo, el fomento de la “la protección de los derechos del niño”¹⁷⁹⁵, como derechos humanos de un colectivo necesitado de una especial protección y, recordemos, el art. 16 TFUE confiere a la Unión una competencia legislativa específica para regular la protección de datos de carácter personal. En segundo lugar, el art. 24 CDFUE¹⁷⁹⁶ les

¹⁷⁹¹ GLOBAL PRIVACY ENFORCEMENT NETWORK: *Results of the 2015 Global Privacy Enforcement Network Sweep*, 2015. Disponible en: https://www.privacyenforcement.net/system/files/Annual%20Report%20for%202015_0.pdf

¹⁷⁹² Para un análisis exhaustivo sobre la normativa internacional en la materia, *vid.* ESCOBAR ROCA, G. (Ed.) *Informe 2016 de la Red Iberoamericana de Protección de Datos*, con un tema monográfico relativo a “La protección de datos de los menores de edad”, 2016, pp. 156-175.

¹⁷⁹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

¹⁷⁹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 31 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

¹⁷⁹⁵ *Vid.* arts 3.3 y 3.5 TUE.

¹⁷⁹⁶ A tenor del art. 24 CDFUE: “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

reconoce a los niños una serie de derechos fundamentales con el fin de proteger su bienestar y el art. 8 CDFUE reconoce a toda persona, incluidos los niños, la protección de los datos personales que les conciernen.

En lo que al derecho secundario o derivado se refiere, también se han adoptado numerosos instrumentos normativos que han velado por una protección específica del menor¹⁷⁹⁷, entre los que nos gustaría destacar, por su conexión con el derecho fundamental a la protección de datos, tres directivas comunitarias y el ya citado RGPD. La Directiva 2011/92/UE relativa a la protección de los niños frente a la explotación sexual y pornografía infantil¹⁷⁹⁸ se hace eco de un aumentado riesgo para los menores por la extensión y abuso de las NTIC e Internet¹⁷⁹⁹ y de una protección reforzada de su derecho a la intimidad, identidad e imagen, así como de su derecho a la protección de datos, al requerir que se evite la difusión pública de cualquier información que pudiera dar lugar a la identificación del menor en el contexto de investigaciones y procesos judiciales¹⁸⁰⁰; en otras palabras, evitar la difusión de sus datos de carácter personal. La más reciente Directiva 2018/1808/UE¹⁸⁰¹ inserta una serie de disposiciones en el entramado normativo relativo a los servicios audiovisuales, que pretenden velar por una mayor protección de los derechos más personalísimos de los menores en el entorno audiovisual y que ha obligado a modificar ampliamente normas europeas y nacionales¹⁸⁰².

¹⁷⁹⁷ Para más información sobre la adaptación española a las directivas europeas analizadas a continuación, vid. ROPERO CARRASCO, J.: “Los delitos de pornografía infantil y de ciberacoso tras las últimas reformas del Código Penal”, en JORDÀ CAPITÁN, E.R. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dir.) *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Madrid, 2014, pp. 148-157. Además, y aparte, en el marco del espacio europeo de seguridad y justicia, también debemos destacar la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

¹⁷⁹⁸ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

¹⁷⁹⁹ *Id.*, Considerando 4.

¹⁸⁰⁰ *Id.*, art. 20.

¹⁸⁰¹ Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

¹⁸⁰² De hecho, es de obligada referencia la obra de Martínez Otero, en tanto en cuanto no sólo analiza rigurosamente la normativa internacional, europea y española en esta materia sino que ofrece variadas líneas de mejora y solución con respecto a la protección de los menores en el entorno audiovisual en sentido amplio. *Vid.*, en tal sentido, MARTÍNEZ OTERO, J.M.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2013. También resulta de interés, en cuanto a los riesgos del entorno audiovisual, tan vinculado a los derechos personalísimos del art. 18 CE (arts. 7 y 8 CDFUE) la obra de LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., MORA PRATO, N.L. y SORZANO VOLART, C.

Así pues, establece que se deberán adoptar medidas adecuadas para proteger a los menores contra contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral, y prohíbe el tratamiento para fines comerciales (como la mercadotecnia directa, la elaboración de perfiles y la publicidad personalizada basada en el comportamiento en línea) de datos personales de menores “recogidos o generados de otro modo por prestadores de servicios de comunicación”¹⁸⁰³. Esta norma será aplicable no únicamente los de radiodifusión televisiva sino a “*servicios de comunicación audiovisual a petición o a la carta. Esto es, a las plataformas de intercambio de videos, por ser los menores quienes, en mayor medida, consumen contenidos audiovisuales*”¹⁸⁰⁴.

Visto el panorama actual de la Red Internet, el imparable avance de las NTIC y el cambio de paradigma socio-cultural, resulta fácil comprender la necesidad de un reforzamiento del derecho fundamental a la protección de datos, a través de un derecho al olvido, sobre todo cuando de menores se trata. También en lo que al derecho derivado se refiere, a continuación, nos centraremos en la protección específica y exhaustiva prevista en el nuevo marco paneuropeo de protección de datos, a saber, la Directiva 2016/680/UE (“Directiva policial”, en adelante, por su nombre en la jerga europea anglosajona)¹⁸⁰⁵ y el RGPD, esta última no ya una norma comunitaria *de minimis* sino un instrumento de aplicación general, jurídicamente vinculante en su totalidad y con pretendido pleno efecto directo. Con respecto a la Directiva policial, efectúa tres referencias expresas a los menores como personas físicas especialmente vulnerables. En su Considerando 39, establece que “para poder ejercer sus derechos, toda la información dirigida al interesado debe ser fácilmente accesible” y “fácil de entender”, debiéndose adaptar, especialmente a las necesidades de los niños, como colectivo vulnerable. En su Considerando 50, establece, en relación con las obligaciones del responsable del tratamiento de datos personales, que este debe adoptar las medidas oportunas, eficaces y acorde con la supracitada Directiva, así como asegurar “salvaguardias específicas en

(Coords): *Menores y nuevas tecnologías posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecno-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2012.

¹⁸⁰³ *Id.*, art. 1(10).

¹⁸⁰⁴ PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Ciberacoso sexualizado y ciberviolencia de género en adolescentes. Nuevo marco regulador para un abordaje integral”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14 (enero-junio), 2019, p. 51.

¹⁸⁰⁵ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

relación con el tratamiento de los datos personales de personas físicas vulnerables, en particular los niños”. Finalmente, al enumerar los riesgos y daños (físicos, materiales o inmateriales) que conlleva un tratamiento de datos de carácter personal (sobre todo, datos personales especialmente sensibles) y la falta de control individual sobre los mismos, en tanto en cuanto puede llevar a tratos discriminatorios, perjuicios socio-económicos, menoscabo a la reputación, establece la necesidad de un cuidado especial a aquellos datos personales de “personas físicas vulnerables, en particular los niños”.

Con respecto al RGPD, a diferencia de la anterior Directiva de Protección de Datos de 1995, este incluye, tanto en su parte expositiva como dispositiva, salvaguardias específicas para la protección de los datos personales de los menores. El Considerando 38 RGPD hace especial hincapié en que *“los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño”*. Además, establece un supuesto singular fuera del alcance del consentimiento del titular de la patria potestad: el consentimiento de los menores no será necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento que se ofrecen directamente a menores¹⁸⁰⁶. El Considerando 58 RGPD, en aras a salvaguardar el principio de transparencia, y como ejemplo de las salvaguardas especiales que deben ostentar los menores, establece que *“dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender”*¹⁸⁰⁷.

En otro orden de cosas, y más concretamente en el contexto de la garantía del derecho al olvido, el Considerando 65 RGPD, que concreta los presupuestos para que los interesados (sean menores o no) estén legitimados para ejercer un derecho al olvido, previstos en el artículo 17, establece, para los menores de edad, que este *“derecho [al olvido] es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe*

¹⁸⁰⁶ Vid. Considerando 38 *in fine* del RGPD.

¹⁸⁰⁷ Lo que se vuelve a confirmar luego en el art. 12(1) RGPD.

poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño [...]”. Es decir, aunque el interesado haya cumplido ya la mayoría de edad, puede solicitar la supresión de datos de carácter personal proporcionados o recopilados cuando era menor de edad. En análoga línea, el Considerando 74, al hablar de los infinitos riesgos para los derechos fundamentales producidos por el tratamiento (sea lícito o no) de datos de carácter personal, alude específicamente a los niños como personas especialmente vulnerables a las que la recopilación, retención, uso e intercambio de datos personales puede suponer problemas de discriminación y perjuicios sociales significativos. Todo lo anterior se debe a la nueva perspectiva que introduce el RGPD, denominada la “perspectiva del riesgo”¹⁸⁰⁸, que lleva a considerar el tratamiento de los datos de los menores como “un tratamiento de riesgo”¹⁸⁰⁹, debiendo gozar de una especial consideración, pues están sometidos a ciertas especialidades de protección a pesar de que, como bien apuntan algunos, la información personal de estos no se haya incluido como una categoría especial de datos del art. 9 RGPD¹⁸¹⁰.

A continuación exponemos el panorama general dispositivo de la protección de datos de los menores, y la protección específica otorgada por el derecho al olvido digital. Si bien en virtud del Derecho de la UE, existen diversos conceptos y definiciones para aludir a la protección de los niños o menores, variando considerablemente su concepto y definición en función de la materia de que se trate¹⁸¹¹, la edad del llamado ‘menor’, en materia de protección de datos, se ha fijado en los 16 años¹⁸¹². Cabe, no obstante, apuntar, por un lado, que se ha dejado cierto margen de apreciación nacional para considerar otra mayoría de edad en lo que al consentimiento se refiere, siempre y cuando esta no sea inferior a los 13 años (a la que España, como hemos visto en el *Capítulo III*, se ha acogido para rebajar la minoría de edad en materia de protección de datos hasta los 14 años -esta, al menos, ha sido la posición doctrinal y normativa española mantenida desde el Reglamento de desarrollo de la LOPD¹⁸¹³-). Nos permitimos aquí discrepar de esta

¹⁸⁰⁸ PIÑAR REAL, A.: “Tratamiento de datos de menores de edad”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Barcelona, 2016, p. 196.

¹⁸⁰⁹ *Id.* p. 202.

¹⁸¹⁰ *Id.* p. 197.

¹⁸¹¹ Por ejemplo, en el ámbito laboral, se habla de “jóvenes” y se basa en la mayoría de edad genérica de los 18 años y “niños” como aquellos menores de 15 años, mientras que, el ámbito de la libre circulación de personas, se opta por una definición basada en criterios económicos, pues abarca a todos aquellos descendientes menores de 21 años o todavía a cargo de sus padres.

¹⁸¹² *Vid.* art. 8 RGPD.

¹⁸¹³ *Vid.* art. 13.1 del Real Decreto 1720/2007 de 19 de enero de 2008. Así, el Reglamento considera que “los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para consentir, por sí

opinión mayoritaria. En España no se puede trabajar, conducir un ciclomotor o consentir relaciones sexuales con adultos hasta los 16 años; para votar hacen falta los 18 años, la misma edad que para sacarse el carné de coche o comprar tabaco, o reservar una noche en un hotel, y un largo etcétera. Todo ello se ha fundamentado, precisamente, bajo justificaciones relativas a la falta de madurez, la falta de previsión de riesgos y la falta de herramientas de gestión de las emociones y las situaciones de este colectivo. De hecho, algunos han llegado a decir que permitirle a un adolescente de esta edad tener acceso a las redes sociales es “*equivale a entregarles las llaves de un coche en términos del peligro y potencial daño que pueden producirse a sí mismos y a otros*” (traducción propia)¹⁸¹⁴. En efecto, en la era digital actual es muy difícil retirar lo dicho y olvidar (y que olviden) lo hecho, teniendo en muchas ocasiones, al igual que los accidentes de tráfico, repercusiones psicológicas, físicas y socio-económicas de por vida. Todo lo cual parece indicar que rebajar la edad a los 14 años para entender y consentir el tratamiento de datos de carácter personal es un error, sobre todo teniendo en cuenta no sólo lo que dice la psicología y la educación sobre el estado de madurez de la mayoría de los sujetos de estas edades, sino también viendo los ejemplos que nos traen los telediarios¹⁸¹⁵.

Por otra parte, el entonces llamado Grupo de Trabajo del artículo 29 concluyó que, en ocasiones, esta minoría de edad fijada debe adaptarse al nivel de madurez y desarrollo físico y psicológico del menor¹⁸¹⁶. Siguiendo con las consideraciones acerca del consentimiento, también resulta necesario apuntar que el art. 8.1 RGPD hace referencia al tratamiento de datos efectuado, a través del consentimiento, en el marco de servicios de la sociedad de la información, definido en el contexto europeo como “*todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios*”¹⁸¹⁷. La lectura conjunta del RGPD y la Directiva de servicios audiovisuales supone afirmar que el elenco de servicios es

mismos, el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal”. Vid. ZABÍA DE LA MATA, J.: “Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad” en ZABÍA DE LA MATA, J. (Coord): *Protección de Datos: Comentarios al Reglamento*, Ed. Lex-Nova, Valladolid, 2008, pp. 187-191.

¹⁸¹⁴ ANDREWS, L.B.: *I Know Who You Are and I Saw What You Did...op.cit.*, p. 77.

¹⁸¹⁵ GÓMEZ, A.: “Los adolescentes entre 11 y 14 años son los más acosados por internet en España”, *ABC-Tecnología*, 26-07-2017. Disponible en: https://www.abc.es/tecnologia/abci-adolescentes-entre-11-y-14-anos-representan-mayor-tasa-ciberacoso-201707261422_noticia.html

¹⁸¹⁶ Dictamen 2/2009 de 11 de febrero del Grupo de Trabajo del artículo 29 relativa a la protección de los datos personales de los menores (Directrices Generales y específicas para el caso de las escuelas). Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp160_en.pdf

¹⁸¹⁷ Vid. art. 1(b) Directiva 2015/1535/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

mucho más amplio, teniendo en cuenta que no necesariamente se requiere de un pago directo por parte del usuario, sino que puede financiarse indirectamente mediante el uso de publicidad.

Además, como indica el propio art. 8.1 RGPD, en el caso en que el usuario tenga una edad inferior a los 16 años (u otra de las edades alternativas en el caso concreto nacional¹⁸¹⁸), el consentimiento deberá efectuarse por parte de aquellos que ostentan la patria potestad o tutela del menor en cuestión¹⁸¹⁹. En relación con lo anterior, la norma europea establece la necesidad de que organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento elaboren códigos de conducta en lo que respecta a *“la información proporcionada a los niños y la protección de estos, así como la manera de obtener el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño”*¹⁸²⁰, que las autoridades independientes de protección tengan como función principal sensibilizar al público sobre los riesgos, las normas, garantías y derechos vinculados a la protección de datos, en especial con relación a los niños como sujetos especialmente vulnerables¹⁸²¹; también se deben garantizar mecanismos internos obligatorios (a través de la figura del Delegado de Protección de Datos) para asegurar que los datos personales de los menores son especialmente protegidos¹⁸²².

Tanto los considerandos como los preceptos específicos del RGPD culminan en el último de los supuestos habilitantes para ejercitar el derecho al olvido en Europa, que el art. 17 RGPD establece como precepto que consagra este derecho y garantía digital: *“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 [...] f) los datos personales se hayan obtenido en relación*

¹⁸¹⁸ Resulta interesante aquí citar la tipología que proporcionan Macenaite y Kosta, en tanto en cuanto los enfoques nacionales acerca del consentimiento de los menores, impulsados por la falta de armonización de la normativa europea anterior, se materializaron y se han mantenido en tres: un enfoque regulatorio objetivo (a través de una plasmación normativa expresa en cuanto a la edad para el consentimiento válido) un enfoque regulatorio por analogía (a través de las normas que rigen su Derecho Civil) y un enfoque regulatorio subjetivo (a través de un análisis caso por caso del desarrollo psicológico del menor). *Vid.*, en tal sentido, MACENAITE, M. y KOSTA, E.: “Consent for processing children’s personal data in the EU...*op. cit.*, pp.153-155.

¹⁸¹⁹ Aunque, como indica Van Der Hof, en ocasiones, quizás estos tampoco sean los más aptos para tomar este tipo de decisiones, aunque el RGPD no ofrece ninguna otra alternativa o exención al respecto. *Vid.* VAN DER HOF, S.: “I Agree. . . Or Do I? — A Rights-Based... *op. cit.*, pp. 128-130.

¹⁸²⁰ *Vid.* art. 40.2(g) RGPD.

¹⁸²¹ *Vid.* 57.1(b) RGPD.

¹⁸²² *Vid.* 37 RGPD, entre los que cabe incluir todas aquellas organizaciones y operadores que traten datos personales de menores, incluidas, por ejemplo, las federaciones deportivas o de videojuegos.

con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1 [una remisión directa al precepto sobre la protección de los menores]”.

En la medida en que los jóvenes, a edades cada vez más tempranas, se manejan, y asumen un papel más activo en los entornos digitales, inevitablemente dejan rastros indelebles allende límites espacio-temporales; rastros que, en ocasiones, dejan intencionadamente al expresarse o participar en el entorno en línea; en otras ocasiones, lo hacen sin ser conscientes de los riesgos que ello conlleva, y, en determinados supuestos, sus datos personales quedan expuestos por terceros mediante prácticas constitutivas del llamado ciberacoso. El recientemente fallecido Supervisor Europeo de Protección de Datos resumía este problema socio-digital magistralmente:

“los niños y los jóvenes son humillados o acosados por sus iguales utilizando blogs, redes sociales, mensajes instantáneos, etc. Frecuentemente, se colocan rumores o cotilleos en redes sociales para inspirar a otros a rechazar y unirse en contra de las personas acosadas. En algunos casos, las personas implicadas en ciberacoso se presentan con la identidad de las víctimas con el fin de publicar material en su nombre que les difama o ridiculiza. El acoso cibernético puede tener consecuencias terribles, incluyendo la intimidación, el daño emocional e incluso el suicidio”¹⁸²³.

Desde la perspectiva basada en los derechos humanos que persigue este trabajo, podríamos argumentar que el derecho al olvido es un mecanismo jurídico indispensable para la persona, especialmente para los menores, pues les permite explorar y moldear su identidad y expresarse y desarrollarse libremente, sin tener que coartar su libertad informática o deseo de expresarse (o, de manera más genérica y como ya anunciaba Mayer-Schönberger, no perder toda “capacidad humana fundamental de vivir y actuar en el presente”¹⁸²⁴) por lo que ello pueda significar y sin tener que resignarse a que el libre desarrollo de su identidad y personalidad implique ser juzgado y discriminado (sea en el contexto personal, social, laboral o institucional) a corto o largo plazo, y, en breve, tenga consecuencias nefastas para su desarrollo en el presente y en el futuro.

El tratamiento de los datos de los menores está sometido a un mayor control precisamente por la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran estos

¹⁸²³ BUTTARELLI, G.: “Los menores y las nuevas tecnologías”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Ed.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Reus- Fundación Solventia, Madrid, 2011, p. 159.

¹⁸²⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, V.: *Delete: The Virtue of Forgetting...op.cit.*, p. 12.

sujetos de derecho y titulares del derecho fundamental a la protección de datos. No obstante, como han apuntado algunos autores, en relación con las redes sociales, “*el llamado derecho al olvido no siempre es tan efectivo como querríamos*”¹⁸²⁵. Concretamente, dadas las singularidades de las redes sociales, se ha manifestado la conveniencia del derecho al olvido como derecho a solicitar la eliminación de datos personales, precisamente por el sistema perverso en el que basa su consentimiento: “*el consentimiento de las políticas de uso constituyen un auténtico take it or leave, es decir, o se aceptan unas condiciones muchas veces abusivas, o el sujeto se autoexcluye de la posibilidad de relacionarse con terceros. En esta tesitura, sería deseable el establecimiento de normas imperativas que limiten el referido take it or leave a favor de un protección de la privacidad (posibilidad de eliminación de los datos personales que se encuentran en la red social, revocación del consentimiento del afectado, certezas respecto a la no utilización de esos datos con fines ilegítimos, prevención y concienciación)*”¹⁸²⁶.

Quizás por todo ello, la UE haya incidido en la necesidad de establecer mecanismos de tutela, aunque programáticos, para uno de los colectivos más vulnerables en la Red de nuestros días. De tal modo, debemos destacar la vanguardista *Comunicación Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia*¹⁸²⁷, cuyo objeto principal consistía en promover y proteger efectivamente los derechos de la infancia a todos los niveles y en la que se comenzaba a hablar sobre los efectos potencialmente nocivos de Internet y la globalización digital para el desarrollo físico, mental o moral de los menores. También debemos destacar la *Comunicación Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*¹⁸²⁸, en la que no sólo cataloga los niños como un grupo especialmente vulnerable frente a las NTIC, y de manera específica, frente al uso que hacen de las redes sociales y de Internet, sino que también anuncia la exigencia de respuestas urgentes y de intervención para “*alcanzar un alto nivel de protección de los*

¹⁸²⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L.: “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, p. 81.

¹⁸²⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos el menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 9 (julio-diciembre), 2016, p. 90.

¹⁸²⁷ COM(2006) 367 final. Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia” de 4 de julio de 2006.

¹⁸²⁸ COM(2011) 60 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones “Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño” de 15 de febrero de 2011.

niños en el ciberespacio, que abarque sus datos personales, protegiendo al mismo tiempo su derecho de acceso a Internet en aras de su desarrollo social y cultural". En otras palabras, las medidas y respuestas europeas para los menores en la Red deben ir acompañadas de una difícil conciliación entre las libertades informativas (libertad de expresión, comunicación libre y acceso a la información, amén de otras) de las que hacen uso, a través de su desarrollo socio-personal en la Red y el derecho fundamental a la protección de datos, con sus mecanismos de control y garantía de la autodeterminación informativa.

En tiempos más recientes, en su *Comunicación Una estrategia europea a favor de una Internet más adecuada para los niños*¹⁸²⁹, que incorpora los derechos del menor como una prioridad de la *Agenda Digital para Europa*¹⁸³⁰, ofrece a los niños y adolescentes habilidades y herramientas digitales para beneficiarse de manera completa y segura de la Red, estimulando la producción de contenidos educativos en línea y ampliando los mecanismos de empoderamiento, incluidos mecanismos meticulosos para la protección de datos y de la privacidad ante los riesgos del entorno digital. De similar manera, la *Comunicación de la Comisión sobre la protección de la privacidad y la protección de datos*, en lo relativo a su prioridad de mejorar el poder de control individual sobre los datos personales, especifica la necesidad de reforzar las garantías digitales en aras de informar y reivindicar los derechos fundamentales en jaque por el tratamiento universal de los datos personales, sobre todo cuando afectan a los niños¹⁸³¹. Cabe, al menos, aludir al Derecho programático más reciente, en concreto, a la *Comunicación Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado*¹⁸³², que señala la necesidad de establecer medidas especiales de protección centradas en determinados conjuntos de datos personales, como son los datos relativos a los menores. También hemos de referirnos a la *Comunicación Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor*

¹⁸²⁹ COM(2012) 196 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños" de 2 de mayo de 2012.

¹⁸³⁰ COM(2010) 245 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una Agenda Digital para Europa", de 19 de mayo de 2010.

¹⁸³¹ COM(2012) 9 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones "La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI", de 25 de enero de 2012 (p. 6).

¹⁸³² COM(2017) 7 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado", de 10 de enero de 2017 (p. 14).

*responsabilización de las plataformas en línea*¹⁸³³, que pone especial hincapié en la necesidad de proteger a los menores de contenidos perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral de contenidos ilícitos que incitan al odio o la violencia¹⁸³⁴ y destaca como mecanismos de tutela, entre otros, la “mayor utilización y desarrollo de tecnologías encaminadas a prevenir la reaparición de contenidos ilícitos en línea”¹⁸³⁵; en otras palabras, presenta, como solución al problema, mecanismos que, al igual que el derecho al olvido, dificultan la accesibilidad de cierta información. Así, por último, debemos insistir, en lo que a esta última cuestión se refiere, en la importancia de la *Comunicación Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018*¹⁸³⁶, que resume el nuevo sistema paneuropeo de protección de datos (el RGPD) como un “fortalecimiento de los derechos de las personas” en tanto en cuanto refuerza el control de los datos a través del derecho al olvido y añade presupuestos básicos del consentimiento, ambos especialmente como “protección de los niños”.

Tras este análisis, aprovechamos para señalar que independientemente de si se entiende que estas últimas pautas normativas, en tanto en cuanto *soft law*¹⁸³⁷, son instrumentos no vinculantes pero con relevancia jurídica, normas vinculantes con una dimensión ‘blanda’, o como una combinación de ambas¹⁸³⁸, lo que no se puede negar es que el *soft law* europeo, utilizado mayoritariamente en políticas que requieren de una mayor coordinación entre los Estados Miembros y la UE, no sólo es en un “fenómeno

¹⁸³³ COM(2017) 555 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea” de 29 de septiembre de 2017. En similar línea cabe referenciar la Resolución 2017/2068(INI) del Parlamento Europeo de 3 de octubre de 2017, sobre la lucha contra la ciberdelincuencia.

¹⁸³⁴ *Id.* p. 10.

¹⁸³⁵ *Id.* pp. 20-21.

¹⁸³⁶ COM(2018) 43 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018” de 24 de enero de 2018 (p. 3).

¹⁸³⁷ Entendido como el conjunto de medidas que señalan, en este caso, las líneas de actuación, directrices, opiniones o recomendaciones europeas pero que no son vinculantes para quienes van dirigidas (generalmente a las autoridades públicas de los Estados miembros, o a otros actores relevantes en el ámbito privado). No obstante, consideramos conveniente apuntar que la carencia de fuerza jurídicamente vinculante no necesariamente implica su impacto en la práctica como instrumento más flexible para lograr objetivos y compromisos en las diferentes líneas de actuación o políticas europeas. En este último sentido, *vid.*, STEFAN, O.: “European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects”, *The Modern Law Review*, Vol. 75, núm. 5, 2012, pp. 879-893.

¹⁸³⁸ TERPAN, F.: “Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 2015, p. 73.

regulatorio”¹⁸³⁹, o si se prefiere, una realidad insoslayable en el “cuadro regulatorio europeo”¹⁸⁴⁰, sino que también ha devenido un instrumento sólido para una mejor gobernanza europea¹⁸⁴¹, un instrumento garantista de los derechos fundamentales y objetivos reconocidos en el seno de la UE¹⁸⁴² y, de manera especial, en materia de protección de datos de los colectivos más vulnerables. Con tal consideración, seguiremos examinando los instrumentos programáticos de los demás colectivos que abordaremos a continuación.

A modo de conclusión, en cuanto al reconocimiento normativo del derecho al olvido de los menores en la UE, debemos resaltar que este se ubica como la garantía más eficaz para el libre desarrollo de una personalidad todavía en construcción de un grupo vulnerable en tanto en cuanto su grado de madurez y su falta de previsión sobre los efectos de sus actos en el presente y futuro, requiere de una especial protección para el desarrollo de su identidad y personalidad, inexorablemente ligadas al entorno digital.

1.2.2. Personas transexuales y transgénero: el derecho al olvido como garantía del desarrollo y cambio de la identidad

Las personas transexuales y transgénero históricamente han sido consideradas no sólo como un grupo minoritario sino también como un grupo vulnerable, pues tienden a ir de la mano¹⁸⁴³. Como nos recuerda Rey Martínez, cuando se trata de personas cuya identidad no corresponde con la “*que la sociedad mayoritaria normalmente atribuye a su aspecto físico recaen profundos y despiadados prejuicios discriminadores*”¹⁸⁴⁴. La vulnerabilidad, sea entendida como la combinación de un estado de elevada exposición a determinados riesgos (vulnerabilidad en sentido estricto) y la capacidad disminuida para

¹⁸³⁹ SENDEN, L.: “Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control”, *European Law Journal*, Vol. 19, núm. 1, 2013, p. 57.

¹⁸⁴⁰ STEFAN, O.: “European Union Soft Law...*op.cit.*”, p. 879.

¹⁸⁴¹ *Vid.*, como ejemplo, ANDONE, C.: “Evading the Burden of Proof in European Union Soft Law Instruments: The Case of Commission Recommendations”, *International Journal for the Semiotics of Law- Revue internationale de Sémiotique juridique*, Vol. 31, núm. 1, 2018, pp. 79-99.

¹⁸⁴² Para un análisis sobre otra clasificación, en función de la concesión de derechos u obligaciones, *vid.* el análisis de la clasificación de Senden que hacen KOVÁCS, A., TÓTH, T. y FORGÁCS, A.: “The Legal Effects of European Soft Law and Their Recognition at National Administrative Courts”, *ELTE Law Journal*, Vol. 2, 2016, p. 57.

¹⁸⁴³ Para un análisis estupendo en el seno del continente europeo, *vid.* DUCOULOMBIER, P.: “The Protection of Sexual Minorities in European Law” en IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds) *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Portland, 2015, pp. 201-226.

¹⁸⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio...op.cit.*, p. 254.

defenderse de ellos (falta de resiliencia), o sea entendida, de manera más simplista, como una fragilidad derivada de exigencias contextuales, supone, en la era actual, irremediablemente añadir que el contexto socio-digital actual pone en peligro la dignidad y el libre desarrollo de determinados colectivos. Esto es especialmente cierto en el caso de las personas transexuales y transgénero como veremos a lo largo de este apartado. De momento, adelantamos que la conocida como *hetero-normatividad*:

*“oculta de manera casi perfecta el armazón sobre el que se construye. Ya que el objetivo de cualquier construcción ideológica que tiene como fin mantener un sistema de sometimiento es, precisamente, parecer natural [...] quien se sale de este esquema heterosexista va a ser objeto de discriminación. A través de esta discriminación se puede denegar a las personas sus derechos (humanos) y colocarlas consecuentemente en una situación de opresión. Opresión entendida en un doble sentido: como injusticia social y como barrera para la autorrealización”*¹⁸⁴⁵.

Todo ello implica hablar de la identidad de género¹⁸⁴⁶, entendida como la vivencia interna, individual y personal del género, o, en otras palabras, cómo se identifica cada persona y se siente, correspondiendo o no con la apreciación fisiológica de los órganos sexuales primarios en el momento del nacimiento. De hecho, el género se ha definido, a nivel europeo, como los “papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”¹⁸⁴⁷. Esta incluso se ha enraizado como parte integrante del derecho fundamental de todo ser humano al libre desarrollo de su personalidad (conforme a su identidad de género e incluida la libre expresión de la misma) e indudablemente se entronca, en los ordenamientos constitucionales europeos en la dignidad humana como principio cardinal

¹⁸⁴⁵ GRACIA IBÁÑEZ, J.: “Autonomía y vulnerabilidad de las personas LGBT: orientación sexual, identidad de género y derechos humanos” en BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCA MUGURUZA, C. (Coords.) *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 103-105.

¹⁸⁴⁶ Aunque algunos prefieren hablar de la “diversidad de género”. Vid. MCGILL, J.: “SOGI....So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations”, *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3, núm. 1, 2014, pp. 6-7: “A word about language is warranted at the outset. In this analysis I use the phrase ‘sexual and gender diversity’ as an umbrella term intended to include the full spectrum of highly subjective, culturally specific, socially and historically-constituted acts and identities related to sex (including intersex status) and gender and sexual orientation, gender identity and gender expression [...] terminology probably fails to do justice to the true variety of identities and experiences around the world”.

¹⁸⁴⁷ Art. 3(c) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (comúnmente llamado, en adelante citado como, Convenio de Instambul).

y como valor inherente a la persona, manifestado, como decía el intérprete supremo español, “en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...] y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”¹⁸⁴⁸. En el caso de disonancia entre el sexo y el género sentido es cuando observamos el origen de innumerables retos para la efectiva protección de aquellos que forman parte de este colectivo; pues dicha disonancia tiende a posicionarlos en una situación de especial vulnerabilidad. Nos centraremos a continuación en algunos de ellos.

En términos simplistas, y sin entrar a valorar los demás términos asociados y categorías no binarias de la identidad de género, podríamos definir a la ‘persona transexual’ como aquella que se identifica de manera distinta al sexo asignado biológicamente y la que altera o desea alterar sus características físicas y cuerpo mediante cirugía y/o fármacos para que sean congruentes con su género (lo que algunos han llamado el “proceso transexualizador”¹⁸⁴⁹). *Mutatis mutandis*, podríamos definir ‘persona transgénero’ como aquella cuya identidad de género, expresión o comportamiento no se ajusta a la que se asocia con el sexo biológico asignado al nacer, y que actúa, se comporta y se expresa con el sexo con el que se identifica sin necesidad de que haya una alteración de su cuerpo¹⁸⁵⁰. A modo de resumen, podríamos afirmar, y así lo consideraremos a lo largo de este apartado, que lo que llamamos ‘personas trans’ o la ‘identidad trans’ son términos aglutinadores¹⁸⁵¹ para las personas cuya identidad, expresión o comportamiento no se

¹⁸⁴⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 8).

¹⁸⁴⁹ VARTABEDIAN, J.: “El cuerpo como espejo de las construcciones de género. Una aproximación a la transexualidad femenina”; *Quaderns-e*, núm. 10, 2007, p. 6.

¹⁸⁵⁰ Podríamos decir que, en ocasiones, la persona transgénero es el paso previo o inicio de la transición hacia ser transexual, aunque no siempre, y, en cualquier caso, hacen referencias a la conciencia o identidad de uno mismo. *Vid.*, por ejemplo, la definición de HINES, S.: “Intimate transitions: Transgender practices of partnering and parenting”, *Sociology*, Vol. 2, 2006, p. 353: “individuals who have undergone hormone treatment or surgery to reconstruct their bodies, or to those who transgress gender categories in ways which are less permanent”; ó, más recientemente, una más exhaustiva de NORWOOD, K.: “Transitioning Meanings? Family Members' Communicative Struggles Surrounding Transgender Identity”, *Journal of Family Communication*, Vol. 12, núm. 1, 2012, pp. 75-76: “Although some people who identify as transgender do not feel a persistent need to make a physical transition to another sex category, many of those who identify as transgender do make physical and/or social transitions. Such transitions may involve change either from one sex category to another (e.g., male to female) or from one sex category to a more nuanced or ambiguous gender identity (e.g., female to gender queer). These transitions can include name and pronoun changes, changes in clothing choice, facial and cranial hair, use of gestures and voice, surgery on genitals or secondary sex characteristics (e.g., breasts) and many other communicative and physical alterations”.

¹⁸⁵¹ Para algunos “es una palabra paraguas que cubre a todos los inconformistas de género, los que no aceptan la bipolaridad genérica, la existencia de dos géneros contrarios y cada uno de ellos concordante con su respectivo sexo biológico. Por otra, se refiere específicamente a la condición del varón biológico que vive como mujer y no piensa en operarse, coincidiendo en este significado con uno de los de «transexual»”. *Vid.* MEJÍA, N.: *Transgenerismos: Una experiencia transexual desde la perspectiva antropológica*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2006, p. 160.

ajusta a aquel generalmente asociado con el sexo al que fueron catalogados biológicamente al nacer. En otras palabras, la identidad de género es, nada más y nada menos que el profundo sentimiento y experiencia interna e individual de género de cada persona, que puede o no corresponder con el sexo asignado acorde con los estándares médico-sociales del momento. Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que muchos autores critican una suerte de colonización de las categorías identitarias de occidente¹⁸⁵², otros desafían los modelos dicotómicos sexo-género apostando por su ambigüedad o fluidez en relación con esta materia¹⁸⁵³, y otros directamente ofrecen una tipología más amplia a la elegida en este trabajo¹⁸⁵⁴.

En análoga línea, a continuación observamos que ya no sólo desde la perspectiva socio-jurídica sino sobre todo desde la bioética existen argumentos a favor de este cambio para precisamente combatir los problemas inherentes que la supracitada dicotomía origina¹⁸⁵⁵. La revelación o expresión de la identidad de las personas trans representa un

¹⁸⁵² Volvemos a asistir al argumento ya referenciado anteriormente en este trabajo de la supremacía de la perspectiva westfaliana sobre los derechos humanos. En el caso concreto que nos ocupa la crítica de parte de la doctrina queda fundamentada sobre los problemas inherentes a únicamente reconocer la visión occidental del género; lo que McGill llama “western-based identity categories” en MCGILL, J.: “SOGI...So What? Sexual Orientation, Gender Identity...*op. cit.*”, p. 25.

¹⁸⁵³ A modo de ejemplo, en relación con la ruptura del modelo clásico que aboga por una concordancia entre el sexo (la biología) y el género (la psicología), algunos han aludido a la necesaria “reconfiguración de la identidad” para aquellos que sienten que sus “*cuerpos que no se corresponden con las identidades que se les han asignado*” y apuestan por “*identidades fluidas, donde la masculinidad y la femineidad se vuelven membranas permeables y transitables*” que permiten la “*posibilidad de vivir en posiciones intermedias o externas al binomio*”. Vid. MARTÍNEZ-GUZMÁN, A., y MONTENEGRO MARTÍNEZ, M.: “El desafío trans. Consideraciones para un abordaje situado de las identidades de sexo/género”, *Revista Sociedad & Equidad*, núm. 2 (julio), 2011, pp. 5-6 y 10-11. Vid, entre otros, GAGNÉ, P., TEWKSBURY, R., y MCGAUGHEY, D.: “Coming out and crossing over: Identity formation and proclamation in a transgender community”, *Gender & Society*, Vol. 11, 1997, pp. 478-508; GIRCHICK, L. B.: *Transgender voices: Beyond women and men*, University Press of New England, London, 2008; SOLEY-BELTRAN, P.: *Transsexualidad y la matriz heterosexual*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2009. VÁZQUEZ GARCÍA, F.: “Del sexo dicotómico al sexo cromático. La subjetividad transgénica y los límites del constructivismo”, *Sexualidad, Salud y Sociedad: Revista Latinoamericana*, núm.1, 2009, pp.63-88; y MARTINEZ-GUZMAN, A.: “Repensar la Perspectiva Psicosocial Sobre el Género: Contribuciones y Desafíos a Partir de las Identidades Transgénero”, *Psicoperspectivas*, Vol.11, núm. 2, 2012, p. 166.

¹⁸⁵⁴ Vid. MEJÍA, N.: *Transgenerismos...op.cit.*, p. 257: “*Comportamiento transgénico, disforia de género, cross-dressing, travestismo, transexualismo (tanto preoperatorio como postoperatorio) y numerosos otros términos son usados para describir un fenómeno que es quizás inherente a la condición humana [...] y hay toda clase de variaciones [...] Ante todo, quisiera añadir, a las mencionadas por Vern L. Bullough, otra categoría: la del transexualismo que no es ni preoperatorio ni postoperatorio, sino simplemente no operatorio, actualmente quizá la más importante numéricamente*”.

¹⁸⁵⁵ SOLEY-BELTRAN, P.: “Transsexualidad y Transgénero: una perspectiva bioética”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 30 (enero) 2014, p. 37: “*La medicalización de comportamientos no acordes con estrictas normas de género se da en un contexto social en el que se tiende a formular y conducir la propia vida en términos somáticos. El cuerpo generalizado continúa siendo el principal símbolo para clasificar humanos en un marco binario y excluyente mujer/hombre, que no tiene en cuenta la complejidad de la relación entre género y anatomía. La definición social del género en categorías discretas masculinidad/femineidad juega un papel en la constitución de problemas de identidad que, subsecuentemente, se presentan como*

hito vital importante; desde la adopción de vestimenta para alinearse con su identidad (podríamos decir psicológica que no física) hasta el cambio de nombre o el sometimiento a fármacos u operaciones quirúrgicas de cambio de sexo¹⁸⁵⁶. Esta transición, si la hay, es gradual y profundamente personal: es un proceso interpersonal interactivo extenso¹⁸⁵⁷ en el que un individuo es socialmente reconocido a través del retrato externo que expresa y a través de mecanismos de reconocimiento y protección precisamente a esa nueva identidad. Así, que las personas usen cierta vestimenta, formas de hablar e incluso se cambien el nombre a uno que corresponda con cómo se sienten en su interior es una forma de apropiarse de su propia identidad, de autoidentificarse y que las identifiquen como ellas mismas se ven. Desde las teorías de la identidad narrativa, la identidad, en general, y la identidad trans en particular, no es más que la historia interiorizada y evolutiva del ‘yo’ generada a través de la construcción y re-construcción selectiva (*selective appropriation*)¹⁸⁵⁸ del pasado y la anticipación y aspiración de un futuro imaginado en función de la propia autodeterminación. Y no hay fórmula más señalada del éxito para la comunidad transexual y transgénero que el de lograr ese cambio completo al que aspiran, transformada en la autenticidad del presente, a través de una reconstrucción libre de cuestionamientos y confusiones pertenecientes a un pasado con el que ya no se identifican. Una reconstrucción con el deseo de ser considerados, a nivel socio-cultural

causados por la “naturaleza” y etiquetados como “disforia de género”. Como consecuencia de esta naturalización, el sujeto tiende a percibir su malestar como algo que surge de fuentes inmutables, inmanentes en la materia física, y, por lo tanto, como algo que sólo puede resolver la cirugía. La insistencia en un marco binario restrictivo genera inevitablemente un “tercero” que se sitúa en un espacio que marca el exterior del orden de la normalidad, un lugar socialmente marcado como peligroso, polucionador y desordenado, y castigado. Sin embargo, las propias personas trans como ejemplos de la citación de los estándares normativos de identidad en la performatividad del género a los que se somete a todas las personas ponen de relieve la masculinidad y la feminidad como sofisticadas actuaciones socialmente reguladas” (énfasis nuestro).

¹⁸⁵⁶ Aunque, también es cierto, que existe parte de la doctrina científica, compuesto por los grandes expertos y especialistas médicos en la materia, que asegura que esta última solución no da la respuesta más adecuada al problema trans: “Transgendered men do not become women, nor do transgendered women become men. All (including Bruce Jenner) become feminized men or masculinized women, counterfeits or impersonators of the sex with which they ‘identify.’ In that lies their problematic future [...] McHugh points to the reality that because sex change is physically impossible, it frequently does not provide the long-term wholeness and happiness that people seek”. *Vid.*, los argumentos y evidencia científica a favor de este hecho en ANDERSON, R.T.: “Sex Reassignment Doesn’t Work. Here Is the Evidence”, *The Heritage Foundation*, 09-03-2018. Disponible en: <https://www.heritage.org/gender/commentary/sex-reassignment-doesnt-work-here-the-evidence>. Asimismo, *vid.* MCHUGH, P.: “Transgender Surgery Isn’t the Solution A drastic physical change doesn’t address underlying psycho-social troubles”, *The Wall Street Journal Commentary*, 13-05-2016. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/paul-mchugh-transgender-surgery-isnt-the-solution-1402615120>

¹⁸⁵⁷ CARROLL, L.: “Therapeutic issues with transgender elders”, *Psychiatric Clinics of North America*, Vol. 40, núm. 1, 2016, pp. 127-140.

¹⁸⁵⁸ MCADAMS, D. P.: “Personal narratives and the life story”, en PERVIN, L. y JOHN, O. (Eds.), *Handbook of personality: Theory and research*, Guilford Press, New York, 1999, p. 486.

y, para ello también jurídico, por lo que sienten y son y no lo que solían ser¹⁸⁵⁹. Quizás por ello, se ha aludido a que la máxima expresión de esa autodeterminación es conseguir “*pasarse por*” (aunque preferimos “*apropiarse de*”) aquello con lo que uno se identifica:

“lograr un cambio tan completo de género que la historia individual pasada [...] es reemplazada –o mejor dicho, transformada en- lived authenticity [podríamos decir la auténtica experiencia vital actual]. El deseo de muchos transexuales es de no ser considerados como ‘una mujer que antaño fue un hombre’ o un ‘hombre que una vez fue mujer’, sino simplemente como una ‘mujer’ o un ‘hombre’, con el cuerpo y el estatuto jurídico correspondiente” (traducción propia)¹⁸⁶⁰.

No obstante, numerosos estudios cualitativos realizados en las últimas décadas demuestran la influencia e impacto que tiene, para el bienestar psíquico-emocional, para el libre desarrollo de la identidad y la personalidad, y en última instancia, para la dignidad humana, el contexto en el que esta identidad se expresa y se reconoce¹⁸⁶¹. Como enfatiza la doctrina, en el contexto de la autodeterminación, la construcción libre de la identidad forma parte del núcleo central del desarrollo de la personalidad, alimentando e impulsado por necesidades psicológicas básicas tales como la autonomía y la capacidad personal (en términos simples, la libertad) y la aceptación ajena. Estas hacen posible desarrollar las llamadas “elecciones con relevancia identitaria”, las cuales “*no viven en un vacío social, pues el individuo se desarrolla mediante la interacción continua con el entorno social, el cual puede fomentar o socavar dicho desarrollo*” (traducción propia)¹⁸⁶². En efecto, la necesidad de experimentar la libertad, psicológica y física, tanto en su dimensión interna

¹⁸⁵⁹ Vid, por todos, GIRCHICK, L. B.: *Transgender voices: Beyond women and men*, University Press of New England, Londres, 2008; y WILSON, M.: “I am the Prince of pain, for I am a princess in the brain”: Liminal transgender identities, narratives and the elimination of ambiguities”, *Sexualities*, Vol. 5, 2002, pp. 425-448.

¹⁸⁶⁰ DIAMOND, L.M., PARDO, S.T., y BUTTERWORTH, M.R.: “Transgender Experience and Identity”, en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, p. 632.

¹⁸⁶¹ COLE, S., DENNY, D., y AYLER, E.: “Issues of transgender” en SZUCHMAN, L., y MUSCARELLA, F. (Eds.) *Psychological perspectives on human sexuality*, Wiley, New York, 2000, pp. 148-168; LOMBARDI, E. L., WILCHINS, R. A., PRIESING, D., y MALOUF, D.: “Gender violence: Transgender experiences with violence and discrimination”, *Journal of Homosexuality*, Vol. 42, 2001, pp. 89-101; y más recientemente, NUTTBROCK, L., BOCKTING, W., ROSENBLUM, A., MASON, M., MACRI, M., y BECKER, J.: “Gender Identity Conflict/Affirmation and Major Depression Across the Life Course of Transgender Women”, *International Journal of Transgenderism*, Vol.13, núm. 3, 2012, pp. 91-103;

¹⁸⁶² SOENENS, B. y VANSTEENKISTE, M.: “When Is Identity Congruent with the Self? A Self-Determination Theory Perspective”, en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds.) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer Science+Business Media, 2011, p. 383; y DECI, E. L., y RYAN, R. M.: “The ‘what’ and ‘why’ of goal pursuits: Human needs and the self-determination of behaviour”, *Psychological Inquiry*, 11, pp. 227-268.

como externa, implica que cuando esta se ve frustrada u obstaculizada, se genera una situación de vulnerabilidad: “*las personas devienen vulnerables a una adaptación [podríamos decir reconocimiento o incluso aceptación] lejos de ser óptima, o, en casos extremos, incluso a psicopatologías*” (traducción propia)¹⁸⁶³. Por ello, la percepción negativa¹⁸⁶⁴ liderada por la ideología de la hetero-normatividad y, subsecuentemente, la falta de aceptación social de las personas trans no sólo las lleva a la exclusión social (sea por transfobia¹⁸⁶⁵ o por iniciativa propia), invisibilizándose y autocensurándose por miedo a represalias, violencia y/o discriminación¹⁸⁶⁶, incrementando, como consecuencia directa o indirecta, las posibilidades de desarrollar trastornos emocionales nefastos y conductas de autodestrucción¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶³ *Id.*, p. 384.

¹⁸⁶⁴ Lo que algunos han llamado “experiencias desafiantes” vinculadas a una “identidad socialmente estigmatizada”. *Vid.* MULLEN, G. y MOANE, G.: “A Qualitative Exploration of Transgender Identity Affirmation at the Personal, Interpersonal, and Sociocultural Levels”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 140-154.

¹⁸⁶⁵ Existen todavía instancias en la UE en las que las personas pertenecientes a grupos basados en la orientación sexual o en la identidad de género continúan siendo objeto de discriminación y opresión. Como apunta Gracia Ibañez: “*continúan siendo objeto preferente de los denominados crímenes de odio. Esta discriminación que sufren las minorías sexuales las coloca en una situación de vulnerabilidad, en ocasiones extrema, respecto al resto de la población*”. *Vid.* GRACIA IBÁÑEZ, J.: “Autonomía y vulnerabilidad de las personas LGBT...*op.cit.*”, pp. p. 103.

¹⁸⁶⁶ Estadísticamente comprobada en numerosos estudios y encuestas. En tal sentido, *vid.*, el informe de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation*, de 2009 disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf; y, más recientemente, *vid.* los resultados de sus encuestas EU LGBT survey - European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey - Results at a glance de 2013, disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results> (en el que se demostró que las personas trans son las más afectadas, dentro del colectivo LGBTIQ); y *EU LGBT survey European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey* de 2014, disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-eu-lgbt-survey-main-results_tk3113640enc_1.pdf

¹⁸⁶⁷ RUBIO ARRIBAS, F.: “Aspectos sociológicos de la transexualidad”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 21, núm. 1, 2009, pp. 1-20; LAFURIE, M., FORERO, A. y MIRANDA, R.: “Narrativas de travestis sobre su vivencia con el VIH/Sida”, *Investigación y Educación en Enfermería*, Vol. 29, núm. 3, 2011, pp. 353-362; ESPADA, J. P., MORALES, A., ORGILÉS, M. y BALLESTER, R.: “Autoconcepto, ansiedad social y sintomatología depresiva en adolescentes españoles según su orientación sexual”, *Ansiedad y Estrés*, Vol. 18, núm. 1, 2012, pp. 31-41; DHEJNE, C., VAN VLERKEN, R., HEYLENS, G. y ARCELUS, J.: “Mental health and gender dysphoria: A review of the literature”, *International Review of Psychiatry*, Vol. 28, núm. 1, 2016, pp. 44-57; y MEDIÁVILLA, D.: “El 60% de las personas transgénero sufre depresión. Un especial de la revista médica 'The Lancet' pide que se tomen medidas para eliminar el estigma que agrava los problemas de salud de más de 25 millones de personas en el mundo”, *El País*, 28-06-2016. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/06/27/ciencia/1467025701_741836.html

Sin entrar en las teorías contextuales de control identitario¹⁸⁶⁸ ni en las teorías de la multiplicidad del yo desde la perspectiva del rol social¹⁸⁶⁹, no hay lugar a duda de que la identidad personal se construye, se refuerza o se descompone en función de la ecología social¹⁸⁷⁰, o, si se prefiere, a través de “prácticas sociales y discursivas”¹⁸⁷¹. En otras palabras, la formación de la identidad se enmarca en un proceso de retroalimentación y “verificación” constante a través de las interacciones, roles y percepciones sociales. De tal forma que nos encontramos con la indiscutible realidad del componente relacional de la construcción de la identidad (*the relational self*)¹⁸⁷², o, en otras palabras, que “la construcción y el mantenimiento de uno mismo se produce a través de nuestra propia concepción del ‘yo’ [...] y la percepción que los demás tienen de quiénes somos (traducción propia)”¹⁸⁷³. Precisamente porque la historia vital y el desarrollo de la personalidad e identidad son elementos en constante evolución e influenciados por el contexto y la participación en diferentes actividades de índole pública y privada¹⁸⁷⁴, ha sido generalmente aceptado que la identidad cambia gradualmente con el paso del tiempo, debe verse en un continuo¹⁸⁷⁵ y forma parte de una visión más holística e integradora de la personalidad (*multi-layer personality theory*)¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁶⁸ Vid., por todos, los trabajos de Burke, entre los que destacamos BURKE, P. J., y STETS, J. E.: “Trust and commitment through self verification”, *Social Psychology Quarterly*, Vol. 62, 1999, pp. 83-92; BURKE, P.J.: “Identity Change”, *Social Psychology Quarterly*, Vol. 69, núm. 1, 2006, 81-96; y BURKE, P. J., y STETS, J. E., *Identity theory*, Oxford University Press, New York, 2009.

¹⁸⁶⁹ Vid. GOFFMAN, E.: *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1963, pp. 79-81: “la multiplicidad de roles que se descubren en el individuo cuando se le observa desde la perspectiva del rol social, donde -si maneja adecuadamente la segregación de la audiencia y del rol- puede sustentar con bastante habilidad roles diferentes”. O, más recientemente, BURKITT, I.: *Social selves: Theories of self and society*, Sage, Londres, 2008.

¹⁸⁷⁰ MCADAMS, D.P.: “Narrative identity” en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, p. 103: “narrative identity comes to form a third layer of personality, layered over adaptations and traits [...] a unique design for each person, evolving, multi-layered, and complexly situated in the social ecology of a person’s life”.

¹⁸⁷¹ MARTÍNEZ-GUZMÁN, A., y MONTENEGRO MARTÍNEZ, M.: “El desafío trans...*op.cit.*, p. 7.

¹⁸⁷² CHEN, S., BAUCHER, H. y KRAUS, M.W.: “The Relational self” en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, p. 149.

¹⁸⁷³ Lo que Whitley llama el deshacer y rehacer relacional en el desarrollo de la identidad de género en WHITLEY, C.T.: “Trans-Kin Undoing and Redoing Gender: Negotiating Relational Identity Among Friends and Family of Transgender Persons”, *Sociological Perspectives*, Vol. 56, núm. 4, 2013, p. 601.

¹⁸⁷⁴ Algunos lo han estudiado desde la heterogeneidad del género, concluyendo que la identidad de las personas trans, sobre todo en el caso de los transexuales, deriva de determinantes médicos, jurídicos y sociales. Vid., en tal sentido, PAZ GALUPO, M., STUART, J. F., y SIEGEL, D. P.: “Transgender, transexual, and gender variant individuals” en WRIGHT, J.D. (Ed.) *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, Elsevier, Amsterdam, 2015, pp. 549-553.

¹⁸⁷⁵ CANTO ORTIZ, J.M., y MORAL TORANZO, F.: “El sí mismo desde la teoría de la identidad social”, *Escritos de psicología*, núm. 7, 2005, p. 61.

¹⁸⁷⁶ Primero en MCADAMS, D. P. y PALS, J. L.: “A new Big Five: Fundamental principles for an integrative science of personality”, *American Psychologist*, núm. 61, 2006, pp. 204-217; y más tarde en

Además de la interacción y participación social, la privacidad también juega un papel clave en la construcción de la identidad, sobre todo si tenemos en cuenta que esta, al igual que la dimensión interna de múltiples derechos de la esfera personal, pretende proteger al círculo más íntimo de la persona; definiéndose, en ocasiones, como “*la libertad frente a injerencias desproporcionadas a la construcción de la identidad*”¹⁸⁷⁷. En efecto, el histórico y americanizado derecho a ser dejado en paz comparte con los demás derechos personalísimos la necesidad de mantener cierta información en secreto, o, al menos, accesible solo a unos cuantos y selectos confidentes. Quizás por ello, se le ha calificado de protector de la individualidad y autodeterminación frente a disrupciones, distorsiones o frustraciones derivadas de intromisiones, independientemente del medio utilizado, y por pequeñas y limitadas que sean:

“los mecanismos de privacidad definen la fronteras y límites de uno mismo. Cuando la permeabilidad de estas barreras está bajo el control del propio interesado, se forja un sentido de individualidad y se desarrolla la identidad –pero la inclusión o exclusión de los demás no es la pieza clave para la autodefinición del yo, sino la capacidad de regular el grado de accesibilidad y contacto cuando se desee. Si puedo controlar qué soy y qué no soy, si puedo definir quién soy y quién no soy, si puedo observar los límites y ámbito de mi control, entonces podré seguir tomando los pasos necesarios para desarrollar mi identidad y el entendimiento que tengo sobre mí mismo” (traducción propia)¹⁸⁷⁸.

El supracitado elemento relacional, así como la privacidad, han visto mutados sus significados en décadas recientes con el auge de Internet y las NTIC. Hoy en día, no sólo nos relacionamos y desarrollamos nuestra identidad y personalidad a través de estas herramientas tecnológicas, dejando huellas digitales descontextualizadas allá dónde vamos, sino que la información personal que desvelamos de manera directa, o indirecta con nuestro comportamiento o relaciones online, así como la información personal que otros desvelan sobre nosotros en ese proceso de retroalimentación social (lo que algunos

MCADAMS, D. P. y OLSON, B. D.: “Personality development: Continuity and change over the life course”, *Annual Review of Psychology*, núm. 61, 2010, pp. 517-542.

¹⁸⁷⁷ Korenhof y Koops citando a GOFFMAN, E.: *The presentation of self in everyday life*, Penguin Books, London, 1959, p. 7, en KORENHOF, P. y KOOPS, B.J. “Gender Identity and Privacy: Could a Right To Be Forgotten Help Andrew Agnes Online?”, *TILT Law & Technology Working Paper*, núm. 3, 2013, p. 5.

¹⁸⁷⁸ ALTMAN, I.: *The environment and social behavior: Privacy, personal space, territory and crowding*, Books/Cole, Monterey, 1975, p. 50; y en “Privacy Regulation: Culturally Universal or Culturally Specific?”, *Journal of Social Issues*, Vol. 33, núm. 3, 1977, p. 68.

han llamado la “memoria transaccional”¹⁸⁷⁹) se han convertido en la pieza clave para el control y construcción (y, por ende, del descontrol y destrucción) del libre desarrollo de la propia identidad, en general, y la identidad de género, en particular¹⁸⁸⁰. Dado que la información que se proporciona o comparte digitalmente es universal y automáticamente accesible, es infinitamente conservada en la memoria colectiva de Internet y resulta fácilmente hallable por los motores de búsqueda, independientemente de su veracidad o del tiempo transcurrido, ello supone la imposibilidad de avanzar y alejarse de identidades o manifestaciones de la personalidad pasadas. Es precisamente la cuestión de la información obsoleta la que más preocupa a las personas trans pues la gran mayoría no sólo quiere dejar atrás la vida pasada con la que ya no se identifican sino que además quieren que se les reconozca por lo que son y no lo que fueron, y poder así construir su presente y su futuro sin revivir el trauma que supone seguir vinculado a un ‘yo’ que ya no existe y del que necesitan, para su bienestar emocional y desarrollo personal, olvidar¹⁸⁸¹. Precisamente el desafío actual del colectivo trans es justamente evitar que información obsoleta e irrelevante en la actualidad afecte negativamente al desarrollo identitario y personal presente y futuro, y, en última instancia, suponga un gravamen vitalicio socio-jurídico del que jamás pueden escapar.

En efecto, aquellos que no se identifican con la identidad (biológica) que se les atribuyó al nacer desean exhibir una imagen diferente acorde con su auténtica identidad: ello no sólo puede implicar hacer inaccesibles fotografías sino datos personales tan básicos y tan poderosos para la construcción de la identidad trans como es el nombre de pila o imágenes de un yo pasado¹⁸⁸². A la luz de todo lo expuesto, no cabe la menor duda

¹⁸⁷⁹ En su origen por WEGNER, D.M.: “Transactive memory: a contemporary analysis of the group mind”, en MULLEN B. y GOETHALS G.R. (Eds) *Theories of group behaviour*, Springer Nature, Basel, 1987, pp. 185-208, y más adelante en SPARROW, B., LIU, J., y WEGNER, D. M.: “Google effects on memory: Cognitive consequences of having information at our fingertips”, *Science*, Vol. 333, núm. 6043, 2011, pp. 776-778.

¹⁸⁸⁰ KORENHOF, P. y KOOPS, B.J. “Gender Identity and Privacy... *op.cit.*, p. 5: “*having control over personal information is thus an important part of forming and maintaining self-presentations. Individuals will want to decide for themselves how they present themselves, so that they control how they are seen by others*”.

¹⁸⁸¹ *Vid.*, por ejemplo, BERGERO MIGUEL, T., ASIAIN VIERGE, S., GORNEMAN SCHAFFER, I., GIRALDO ANSIO, F., LARA MONTENEGRO, J., ESTEVA DE ANTONIO, I., y GÓMEZ BANOVIÓ, M.: “Una reflexión sobre el concepto de género alrededor de la transexualidad”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, núm. 101, 2008, p. 222; y MARTÍN ROMERO, L., RÓDENAS PÉREZ, M. y VILLAAMIL PÉREZ, F.: *Necesidades de la población transexual y homosexual en el municipio de Madrid. Estudio Sociológico y Jurídico*, Transexualia, Madrid, 2009.

¹⁸⁸² *Vid.*, por ejemplo, D'ARCANGELO, L.: “What's in a Name? For Some Trans People, Everything”, *Vice News*, 18-11-2016. Disponible en: https://www.vice.com/en_us/article/8ge5ga/whats-in-a-name-for-some-trans-people-everything; o HIMES, M.: “Transgender Identity and the Significance of Name-Changing”, *Mavishimes.com*, 19-12-2016. Disponible en: <http://www.mavishimes.com/transgender->

de que la identidad de género es un aspecto psicológico complejo¹⁸⁸³ y la falta de su reconocimiento social y jurídico puede exacerbar experiencias de discriminación y abuso en la vida diaria de aquellos pertenecientes a este colectivo, menoscabando su dignidad¹⁸⁸⁴. Las repercusiones serias de la falta de reconocimiento e impedimentos a la autodeterminación de las personas trans provocan situaciones de especial vulnerabilidad que requieren una atención prioritaria a varios niveles. En el contexto del tratamiento de datos de carácter personal de este colectivo, y los demás derechos personalísimos afectados por las NTIC (intimidad, vida privada y familiar, de manera destacada), ello es todavía más evidente. La amalgama de recovecos digitales en los que se aloja información de carácter personal separada y distinguible de la realidad actual supone una pérdida de control sobre la información que se tiene y se sabe sobre personas que desesperadamente necesitan ser los gestores principales de su propia identidad, y por tanto los que controlan la imagen que el mundo tiene de ellos, tanto fuera de línea como en línea; todo ello conlleva la imposibilidad de distanciarse de una identidad que dejó de existir (para algunos, una identidad que nunca existió del todo) y a la representación errónea de quiénes son.

Es precisamente ante este cambio de paradigma que la reconstrucción y reconocimiento de la identidad de género, que al igual que orientación sexual¹⁸⁸⁵, requiere de especial protección. Sin entrar en detalle sobre la protección de este colectivo en el Derecho Internacional Público, en general, y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular¹⁸⁸⁶, a través de una perspectiva digital, sí resulta de interés

[identity-and-the-significance-of-name-changing/](#) Para un estudio más académico, *vid.* VANDERSCHANS, A.: "The Role of Name Choice in the Construction of Transgender Identities," *Western Papers in Linguistics*, Vol. 1, núm. 2, 2016.

¹⁸⁸³ MARTÍNEZ BENLLOCH, I. y BONILLA CAMPOS, A.: *Sistema sexo/género, identidades y construcción de la subjetividad*, PUV, Valencia, 2000, p. 27.

¹⁸⁸⁴ HINES, S.: Gender diversity, recognition...*op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁸⁵ Así se ha observado en el constitucionalismo comparado. *Vid.*, por todos, CHRISTIANSEN, E.C.: "Substantive Equality and Sexual Orientation: Twenty Years of Gay and Lesbian Rights Adjudication Under the South African Constitution", *Cornell International Law Journal*, Vol. 49, 2016, pp. 612 y ss.

¹⁸⁸⁶ Tarea de sobra estudiada por Díaz Lafuente en los últimos años. *Vid.*, por todos, DÍAZ LAFUENTE, J.: *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2014, pp. 93-254; DÍAZ LAFUENTE, J.: "La universalidad de los derechos humanos en materia de orientación sexual e identidad de género", *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* Vol. XVIII, 2019, págs. 59-86; y DÍAZ LAFUENTE, J.: "Avances en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI en la Unión Europea, en MATIA PORTILLA, F.J., PERALES, A.E., y ARROYO GIL, A. (Dirs.) *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-99.

examinar un instrumento internacional programático. Los Principios de Yogyakarta¹⁸⁸⁷, y sus sucesivas actualizaciones¹⁸⁸⁸, que si bien no constituyen instrumentos internacionales vinculantes, sí que pretendieron y han conseguido encaminar hacia unos estándares jurídicos en materias relativas a la protección del colectivo LGBTIQ+, especialmente visible en Europa¹⁸⁸⁹, ya destacaban una idea que resulta de obligada concretización: las personas trans requieren de un reconocimiento legal, eficiente, justo y no discriminatorio acorde con su identidad de género sentida o “autodeclarada” (*self-defined*). Además, su principio tercero especifica que, en lo que respecta a dicho reconocimiento, ello implica reflejar legalmente la identidad de género autodeclarada, libre de injerencias a su dignidad e intimidad y siempre de manera no discriminatoria. En efecto, respetar el derecho a la autodeterminación de las personas trans, permitiéndoles expresar y controlar su identidad sin la imposición de ninguna condición previa discriminatoria, reconociéndoles legalmente aspectos tan básicos para su identidad personal e inclusión como es poder elegir el indicador de género o el nombre es una apuesta por revertir esa vulnerabilidad o indefensión causada por razones inherentes a su persona y por las exigencias sociales de normalidad de las que hablábamos al principio de este capítulo.

Así, se trata de evitar añadir a su situación de vulnerabilidad (creada por múltiples razones que varían desde la denegación de servicios sobre la base de discrepancias entre documentos oficiales de identificación, identidad de género y la apariencia externa, hasta

¹⁸⁸⁷ ONU, *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género* (“Principios Yogyakarta”), ONU, Ginebra, 2007. Disponible en: <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>

¹⁸⁸⁸ Última de las cuales han sido los *Principios Yokarta 10+* que introducía principios complementarios a la declaración original. Vid., en tal sentido, ONU, *Principios Yokarta 10+. Principios Adicionales y Obligaciones Estatales sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género para Complementar los Principios de Yogyakarta*, ONU, Ginebra, 2017. Disponible en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

¹⁸⁸⁹ Vid, en el seno del CdE, como ejemplo, HAMMARBERG, T.: *Human Rights in Europe: time to honour our pledges. Viewpoints by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Public Information and Publications Division, Directorate of Communication, Strasbourg, 2009, pp. 21-26; la Recomendación del Comité de Ministros sobre los derechos LGBTI sobre la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual o la identidad de género (Recommendation CM/Rec (2010)5 to member states on Measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, of 31 March 2010); y más recientemente, en relación específica a la cuestión de las personas trans, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del CdE (PACE 2048 (2015) *Discrimination against transgender people in Europe* of 22 April 2015). En todas ellas vemos el énfasis en la autodeterminación, el reconocimiento legal de la identidad de género y la incorporación de un conjunto integral de medidas para promover los derechos y la inclusión social de las personas trans.

la discriminación por razón de potenciales incoherencias entre su identidad de género y sexo actual frente a las del pasado cuya constancia queda perfectamente evidenciada con un solo clic en Internet) otros factores agravantes. De tal forma que no sólo el reconocimiento legal del género, para algunos un verdadero derecho fundamental¹⁸⁹⁰ y según los datos todavía lejos de ser una garantía uniforme en el seno de la UE¹⁸⁹¹, puede ayudar a reducir la exclusión social y aumentar la legitimidad y autodeterminación de la persona trans, la plasmación digital de dicho reconocimiento es mecanismo de empoderamiento y *conditio sine qua non* para alcanzar el objetivo pretendido para el desarrollo personal, el bienestar emocional y la integración efectiva de dicho colectivo, y, por ende, la protección efectiva de su dignidad y libertad¹⁸⁹².

En lo que a la protección de datos y al derecho al olvido digital se refiere, su principio sexto establece que:

*“todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al goce de la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, [...] el derecho a la protección contra ataques [...] a su honra o a su reputación. [...] incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género [...] Los Estados [...] F. Garantizarán el **derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información** concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y **protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla**” (énfasis nuestro).*

Por añadidura, los *Principios de Yogyakarta +10* incorporaron una serie de principios y obligaciones estatales adicionales y necesarias para este colectivo, entre las que

¹⁸⁹⁰ SZYDLOWSKI, M.: “Gender recognition and the rights to health and health care: Applying the principle of self-determination to transgender people”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 17, núm. 3-4. 2016, p. 200.

¹⁸⁹¹ *Vid.* datos del Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “Protección frente a la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales en la UE: análisis jurídico comparativo”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015, p. 15-24. Además, la última actualización realizada por la ONG *Transgender Europe* demuestra que todavía son 19 los Estados miembros de la UE que todavía exigen a las personas trans un cambio de sexo, o al menos un diagnóstico de padecer el trastorno de identidad de género (aunque a nivel europeo se está luchando contra esa despatologización) para poder empezar el procedimiento de reconocimiento legal de cambio de identidad. Disponible en: https://tgeu.org/wp-content/uploads/2019/05/MapA_TGEU2019.pdf

¹⁸⁹² Más sobre esto en HINES, S.: *Gender Diversity, Recognition and Citizenship: Towards a Politics of Difference*, Palgrave Macmillan, Basingtoke, 2013.

destacaremos dos que resultan de interés en conexión con el tema objeto de este trabajo. En primer lugar, el principio relativo al derecho de las personas trans, entre otros miembros del colectivo LGBTIQ, a disfrutar de sus derechos humanos en el contexto de las NTIC estableciendo garantías (y subsecuentes obligaciones estatales) relativas al uso adecuado de la Red y a la prohibición de discriminación por razón de identidad de género mediante el uso de las NTIC a través del cumplimiento de los principios de protección de datos y estándares internacionales en materia de privacidad, referenciando de manera explícita herramientas de encriptación, anonimización o pseudoanonimización y, en aras a garantizar la eliminación de discriminación, acoso y violencia de base tecnológica, asegurar, como recurso necesario, la inaccesibilidad de cierta información personal (Principio 36, y subapartados D, F y G). En segundo lugar, con relación al supracitado Principio 6, añaden dos nuevas obligaciones estatales con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la privacidad y protección de datos de este colectivo, referenciando no sólo el cumplimiento de los principios de calidad, licitud, lealtad, limitación de la finalidad con respecto a cualquier tratamiento, sino también el respeto de la autodeterminación informativa basada en la identidad de género, impidiendo, en la medida de lo posible y en función de la necesidad y proporcionalidad, que cambios en el nombre o indicador de género sean revelados sin el consentimiento del interesado¹⁸⁹³.

Por lo que nos interesa en este trabajo, las leyes y políticas en el seno de la UE, también han previsto la igualdad formal, material y la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, tanto en su derecho originario, derivado¹⁸⁹⁴ como programático¹⁸⁹⁵. De manera sucinta, en cuanto al Derecho primario, el art. 2 TUE,

¹⁸⁹³ Vid. las obligaciones estatales complementarias relacionadas con el derecho a la privacidad (principio 6), subapartados G y H de los *Principios Yokarta 10+*: “*States Shall: G. Ensure that requirements for individuals to provide information on their sex or gender are relevant, reasonable and necessary as required by the law for a legitimate purpose in the circumstances where it is sought, and that such requirements respect all persons’ right to self-determination of gender; H. Ensure that changes of the name or gender marker, as long as the latter exists, is not disclosed without the prior, free, and informed consent of the person concerned, unless ordered by a court*”.

¹⁸⁹⁴ Por citar un ejemplo relativamente reciente, vid. la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) que identifica la necesidad de que los Estados miembros establezcan mecanismos, procedimientos y garantías procedimentales especiales para aquellos que solicitan este tipo de protección internacional por razón de su identidad de género.

¹⁸⁹⁵ Vid., por todos, el plan de acción del Consejo de la UE: Doc. 11855/12 *EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy* of 25 June 2012. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf; y, más recientemente, el Informe 2015/2116(INI) de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo»). Disponible en:

los arts. 10 y 19 del TFUE, y el art. 21 de la CDFUE reconocen el respeto de la dignidad humana así como los principios de igualdad y no discriminación, respectivamente y hacen referencia explícita a la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. En análoga línea, el art. 157(4) del TFUE ofrece la posibilidad de adoptar las llamadas ‘acciones positivas’ bajo la justificación y el objetivo de alcanzar una igualdad real y efectiva debido a que determinadas situaciones de desigualdad fáctica no son corregibles por la mera consagración jurídica del principio de igualdad (la llamada igualdad formal). Consideramos esta garantía normativa un instrumento relevante frente a actos discriminatorios contra este colectivo, aunque limitados al contexto socio-laboral, aplicable, por extensión, a situaciones de trato desfavorable, estigmatización y exclusión basadas, por tanto, en la identidad de género.

En el segundo ámbito normativo citado, cabe hacer especial alusión a la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹⁸⁹⁶ puesto que introduce, si bien en su parte expositiva, una referencia explícita a la discriminación por razón de identidad de género (lo que específicamente llama discriminación basada en la reasignación de género)¹⁸⁹⁷. De hecho, esta es la primera vez, en sede normativa, que la UE incluye una referencia expresa a la protección del colectivo trans, aunque no llegue a calificar la ‘identidad de género’ como un motivo amparado contra la discriminación (*protected ground*), en realidad, a través de una interpretación

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0225_ES.pdf En este último se observa no sólo que la protección nacional contra la discriminación por razón de la identidad de género sigue siendo limitada y expresa su preocupación por la estigmatización y discriminación a la que se ven sometidas, sino que también impone una necesaria mejora en la equiparación de la protección entre las personas transgénero y transexuales (los que sí que se han sometido a un cambio de sexo) y un reconocimiento mutuo en los diversos sectores en los que más se ven afectados, sobre todo aquellas cuestiones personalísimas relativas a la vida privada y familiar (pp. 19-20).

¹⁸⁹⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Cabe incidir que su periodo de transposición finalizó en agosto de 2008, lo que técnicamente significa que todas las legislaciones nacionales que prohíben la discriminación por razón de sexo previas a esta Directiva no sólo deben ampliar su principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de empleo sino que deben interpretar el sexo en sentido amplio y así prohibir también cualquier discriminación basada en la reasignación de sexo o la identidad de género, protegiendo así a las personas trans. Aunque, también es cierto que hay discrepancia de opiniones sobre la efectividad de esta interpretación expansiva allende el colectivo transexual. En tal sentido, vid. FABENI, S. y AGIUS, S.: *Transgender People and the Gender Recast Directive -Implementation Guidelines*, ILGA-Europe, Bruselas, 2009, p. 24.

¹⁸⁹⁷ *Id.*, considerando 3: “*el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona*” (énfasis nuestro).

teleológica de la legislación y jurisprudencia europea, llegamos a la conclusión de que el alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede limitarse a discriminaciones basadas en el hecho de que una persona tenga un sexo biológico u otro. En el último ámbito normativo, cabe hacer especial alusión a las directrices del Consejo de la Unión Europea sobre la protección efectiva de estos colectivos en situación de vulnerabilidad allende las fronteras de la UE, aunque también se pueden encontrar todavía casos dentro de la UE:

“La UE está profundamente preocupada de que la orientación sexual y la identidad de género sigan siendo utilizadas para justificar graves violaciones de los derechos humanos en todo el mundo. Las personas LGBTI constituyen un grupo vulnerable que sigue siendo víctima de persecución, discriminación, intimidación y malos tratos y degradantes, y a menudo son víctimas de formas extremas de violencia, incluyendo tortura y asesinato. La discriminación contra las personas LGBTI a menudo tienen sus raíces en las normas sociales y los roles percibidos que perpetúan desigualdades de género. La UE está particularmente preocupada porque en algunos países [...] buscan activamente limitar la libertad de asamblea, asociación y expresión de personas LGBTI”¹⁸⁹⁸.

Al mismo tiempo, nos vemos obligados a citar la Directiva 2012/29/EU¹⁸⁹⁹ en tanto en cuanto proporciona elementos interesantes para mayor entendimiento de la noción europea de la ‘vulnerabilidad’ y factores para su determinación, los cuales consideramos aplicables en la protección de las personas trans. Con ese doble motivo queremos subrayar, por un lado, la vinculación que afectúa el legislador europeo entre la exposición (elevada) al daño (lo que a lo largo de este trabajo hemos llamado la perspectiva basada en el riesgo) y situaciones de vulnerabilidad¹⁹⁰⁰, y, por otro, la obligación de establecer medidas de protección personalizadas, basadas en la situación particular de la víctima, que se determinan a través de una evaluación individual en la que se tendrá en cuenta, entre otras, “las características personales de la víctima”, el “tipo o la naturaleza del

¹⁸⁹⁸ FOREIGN AFFAIRS COUNCIL *Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of all Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Persons* of 24 June 2013, p. 2. Disponible en: <https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/137584.pdf>

¹⁸⁹⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

¹⁹⁰⁰ *Vid.* Considerando 38: “Las personas más vulnerables o que se encuentran expuestas a un riesgo de lesión particularmente elevado”.

delito”¹⁹⁰¹. Además, ofrece salvaguardias especiales para aquellas personas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito o puedan verse envueltas en victimizaciones secundarias, represalias o más intimidación¹⁹⁰², mencionando explícitamente como víctimas especialmente vulnerables a aquellas “*afectadas por un delito movido por prejuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales*”¹⁹⁰³. Estas características personales incluirían, sin lugar a dudas, la identidad de género en tanto en cuanto esta resulta ser una característica fundamental de la persona y se ve reflejada mediante elementos visibles y característicos propios de la identidad autodeclarada, especialmente cuando no ha mediado cirugía o tratamientos para el cambio del sexo; pues la disonancia es más constatable para terceros. Con todo ello, las personas trans, víctimas principales de delitos de odio, así como de estigmatización, victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias quedarían envueltas en la protección otorgada por esta norma por su situación de especial vulnerabilidad.

En similar línea, y en lo que a este trabajo concierne, este colectivo también requiere de una protección más rotunda a través del ejercicio efectivo del derecho fundamental a la protección de datos, pues recordemos que el propio RGPD establece una protección reforzada (a través de una prohibición genérica con excepciones tasadas) de ciertos datos personales especialmente sensibles, en los que indudablemente incluye información relativa a la salud en general y a la orientación sexual (art. 9), lo que, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento europeo incluiría también la identidad de género¹⁹⁰⁴. Datos recientes han mostrado que la fuerza más influyente en la vida de las personas LGBTIQ, facilitando su acceso a información, su participación en asuntos públicos y permitiéndoles un desarrollo personal y social más amplio, ha sido la Red¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰¹ Vid. Art. 22.2 (a) y (b) de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁹⁰² Vid. Considerando 58 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁹⁰³ Vid. Art. 22.3 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁹⁰⁴ Esto parece confirmarlo la Comisión Europea en BELL, M.: *Data collection in relation to LGBTI People. Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union*, European Commission-DG Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, p. 6.

¹⁹⁰⁵ Concretamente sobre el colectivo LGBTIQ+, vid. GREENBLATT, E.: “Introduction” en GREENBLATT, E. (Ed) *Serving LGBTIQ library and archives users: essays on outreach, service collections and access*, McFarland Publishers, Jefferson, 2011, p.1; CSERNI, R.T. y TALMUD, I.: “To Know that you are Not Alone: The Effect of Internet Usage on LGBT Youth’s Social Capital”, *Communication and Information Technologies Annual-Studies in Media and Communications*, Vol. 9, 2015, pp. 161-182; LOPES, J.W., DE SOUZA NUNES, P., y DO SOCORRO FURTADO VELOSO, M.: “Ciberactivismo LGBT: un análisis de las publicaciones de la iniciativa #VoteLGBT (Brasil)”, *Disertaciones: Anuario electrónico de estudios en Comunicación Social*, Vol. 12, núm. 1 (enero-junio),

Baste una reflexión magistral para ilustrar lo dicho. Según Castells, la Red ha sido más que un mero instrumento clave para la acción de ciertos movimientos sociales (entre los que incluimos el movimiento LGBTIQ+) al permitir “movilizar, organizar, deliberar, coordinar y decidir”¹⁹⁰⁶, pues ha constituido el fundamento de la “cultura de la autonomía”, que define como la capacidad de conversión en un sujeto que limita su acción alrededor de proyectos contruidos al margen de las instituciones de la sociedad (en la Red de Internet), de acuerdo con sus propios valores e intereses¹⁹⁰⁷. No obstante, recordemos que la Red también ha traído su cuota de desafíos para los derechos fundamentales de este colectivo¹⁹⁰⁸. Más concretamente, ante los retos que experimenta el libre desarrollo de la identidad (incluida la de género) en la era digital, una de las garantías más efectivas que ofrece el derecho a la protección de datos, en su faceta positiva de otorgar un poder de control individual sobre la información personal, es precisamente el derecho al olvido digital como una auténtica autodeterminación informativa. Recordemos que:

“en teoría, el derecho al olvido tiene como objetivo ayudar a las personas a controlar la disponibilidad de información personal (desactualizada, incorrecta o vergonzosa). Este control informativo es importante para la privacidad y la construcción de identidad. La mayoría de las personas pasan por algún tipo de cambio de identidad a lo largo de su vida. A veces, la información obsoleta que pertenece a un pasado lejano puede plantear problemas para la autopresentación

2019 (Ejemplar dedicado a: Comunicación y dispositivos móviles), pp. 112-127. En España, también resulta de interés la siguiente noticia: SARABIA, D.: “Las redes y el armario: cómo la tecnología ha ayudado al colectivo LGTB”, *El Diario*, 29-06-2016. Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/tecnologia-ayudado-colectivo-LGTB-sociedad_0_531597490.html. Sobre la influencia de las NTIC en la creación y desarrollo de los movimientos sociales, en general, *vid.* CASTELLS, M.: *Redes op.cit.*; FERNÁNDEZ TORRES, M.J. y PANIAGUA ROJANO, F.J.: “El poder de las redes sociales en la política y en los movimientos sociales”, en COTARELO GARCÍA, R. y CRESPO MARTÍNEZ, I. (Coords) *La comunicación política y las nuevas tecnologías*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012, pp. 130-150; y ESPELT GRANÉS, E., RODRÍGUEZ CARBALLEIRA, A. y JAVALOY MAZÓN, F.: “Comportamiento colectivo y movimientos sociales en la era de las redes sociales” en SABUCEDO CAMESELLE, J.M. y MORALES DOMÍNGUEZ, J.F. (Coords) *Psicología social*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2015, pp. 349-370.

¹⁹⁰⁶ CASTELLS, M.: *Redes...op.cit.*, p. 19.

¹⁹⁰⁷ *Id.* pp. 220.

¹⁹⁰⁸ Por ejemplo, los estudios documentan que miembros del colectivo LGBTIQ+ tienen más probabilidades de ser intimidados y acosados en el entorno en línea, frente a sus pares heterosexuales, en parte por el uso más amplio y frecuente que hacen del mismo. *Vid.* HOLT, D.B.: “LGBTIQ teens - plugged in and unfiltered: how internet filtering impairs construction of online communities, identity formation, and access to health information” en GREENBLATT, E. (Ed) *Serving LGBTIQ library and archives users: essays on outreach, service collections and access*, McFarland Publishers, Jefferson, 2011, pp. 266-277.

[aunque nosotros preferimos expresión del yo presente] lo que implica estigmatización presente por una personalidad pasada” (traducción propia)¹⁹⁰⁹.

En efecto, es el propio individuo, en este caso la persona transgénero o transexual, el que está en mejores condiciones de contar su propia historia y poder proporcionar una “mejor articulación” o una “comprensión renovada” de sí mismo¹⁹¹⁰. La diferencia con cualquier otra persona es que el ejercicio del derecho al olvido por parte de las personas trans no está concebido como poder de control para poder autopresentarse desde una óptica más favorable frente a los actos de un pasado lejano sino para asegurar la coherencia con la imagen renovada y consistente con su presentación físico-psíquica actual, la única que debería haber existido, asegurando una protección real y efectiva de la identidad. A diferencia de los menores, la necesidad de un derecho al olvido no es por razón de huir de un pasado lleno de actos imprudentes o vergonzosos propios de una etapa vital y de un periodo de madurez humana en plena búsqueda y desarrollo, sino de dejar atrás aquella identidad que ha sido una lucha constante y causante de dolor, aislamiento y conflictos internos y externos, con consecuencias psicológicas y físicas de enorme gravedad¹⁹¹¹. Quizás por ello, algunos autores han propuesto delimitar el derecho al olvido no necesariamente como protector de la privacidad, sino como protector del derecho a la identidad¹⁹¹² y otros han correlacionado acertadamente la imposibilidad de una buena gestión de la identidad (*identity management*) para este colectivo, si existe una hiperaccesibilidad universal y constante flujo de información pasada, obsoleta e irrelevante que estadísticamente implica un respuesta ajena negativa, conllevando un efecto inhibitorio de libremente desarrollar y expresar su identidad de género¹⁹¹³.

¹⁹⁰⁹ KORENHOF, P. y KOOPS, B.J.: “Identity Construction and the Right to be Forgotten: the Case of Gender Identity”, en GHEZZI, A., GUIMARÃES PEREIRA, A., y VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L.(Eds.) *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2014, pp. 102-103.

¹⁹¹⁰ PAGALLO, U., y DURANTE, M.: “Legal Memories and the Right to be Forgotten” en FLORIDI, L. (Ed.) *Protection of Information and the Right to Privacy. A new Equilibrium*, Springer International Publishing, Basel, 2014, p. 21.

¹⁹¹¹ JAMES S.E., HERMAN J.L., RANKIN S., KEISLING, M., MOTTET, L., y ANAFI, M.: *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*, National Center for Transgender Equality, Washington, DC, 2016. Disponible en: <https://www.transequality.org/sites/default/files/docs/USTS-Full-Report-FINAL.PDF>

¹⁹¹² GOMES DE ANDRADE, N.N.: “Oblivion: The Right to be Different ... from Oneself: Re-Proposing the Right to be Forgotten”, en GHEZZI, A., GUIMARÃES PEREIRA, A., y VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L.(Eds.) *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2014, p. 66; KORENHOF, P. y KOOPS, B.J.: “Identity Construction and the Right to be Forgotten...*op.cit.*”, p. 116; y GUICHOT, E.: “El derecho al olvido digital”, en BOIX PALOP, A., MARTÍNEZ OTERO, J.M., y MONTIEL ROIG, G. (Coords.) *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 117-144.

¹⁹¹³ GARFINKEL, H.: *Studies in ethnomethodology*, Prentice-Hall, New Jersey, 1967, pp. 120-169; y KORENHOF, P. y KOOPS, B.J. “Gender Identity and Privacy... *op.cit.*”, p. 5: “What is characteristic in

Ante la necesidad de reforzar la protección de los supracitados bienes jurídicamente protegidos, el derecho al olvido sin duda sería un mecanismo que permitiría a la persona trans poder controlar mejor la accesibilidad de información relativa a su condición como miembro de este colectivo por parte de presentes y futuros indagadores. Llegados a este punto, conviene efectuar algunas consideraciones sobre esta solución como la única válida y otro par de recordatorios sobre los potenciales tipos de derecho al olvido. En primer término, cabe descartar el derecho de rectificación como solución suficiente y eficiente para resolver los problemas inherentes al reto de las personas trans. Si bien es cierto que en el reconocimiento legal, así como en los procedimientos sobre cambios de nombre e indicador de sexo, la práctica administrativa habitual es rectificar información inexacta con el fin de que esta corresponda con su verdadera identidad de género¹⁹¹⁴, ello, teniendo en cuenta los requisitos acumulativos para acreditar el cumplimiento de las condiciones que la ley impone y las características propias de la era digital 4.0, no sería suficiente para garantizar ni el libre desarrollo de la identidad, y por extensión y en lo que a nosotros nos interesa, el derecho fundamental a la protección de datos.

En tal sentido, la ley exige que haya sido diagnosticada disforia de género, mediante informe médico o psicológico que necesariamente deberá hacer referencia a la existencia de una disonancia persistente en el tiempo entre el sexo biológico y el psicológico, la ausencia de trastornos de la personalidad y que dicha disforia haya sido tratada médicamente durante dos años para reflejar físicamente las características propias asignadas al sexo autodeclarado. Un diagnóstico obligatorio basado en aspectos de la salud mental supone, de entrada, dos grandes problemas para el ejercicio activo de los

such cases with regard to identity management, is that a very often used piece of information turns into something that the individual wants to keep a 'secret' with regard to her current life. The information Agnes wanted to keep secret is not only very common, but also determinative for how an audience responds to an individual, ranging from the salutation in emails to all kinds of conscious or unconscious stereotyping”.

¹⁹¹⁴ La ley que habilita dicho procedimiento no da lugar a dudas, reconociendo la legitimación de los mayores de edad para solicitar la “rectificación” de la mención registral del sexo y del nombre para concordar con la identidad de género autodeclara. En tal sentido, *vid.* art. 2 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. También es necesario referenciar la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil en la que se reconoce, como derecho vinculado a la personalidad, el derecho al nombre: “toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento”, admitiendo expresamente el cambio de nombre en determinadas circunstancias (arts. 50-52). Precisamente por las dudas y conflictos jurídicos que ha suscitado estos nuevos mecanismos de protección para el colectivo trans, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió su instrucción de 23 de octubre de 2018, en la que se elaboran una serie de directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente al sexo diferente al que resulta de la inscripción de nacimiento. Un análisis sucinto y claro de su contenido está disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13392-instruccion-de-la-dgrn-sobre-cambio-de-nombre-en-el-registro-civil-de-personas-transexuales-menores-de-edad/>

derechos personalísimos de este colectivo. Por un lado, la clasificación de las identidades de género como enfermedad mental impulsa y exagera más estigma, exclusión y discriminación¹⁹¹⁵. Por otro lado, y quizás más problemático a nivel jurídico, es que esta concepción (basada principalmente en cambios físicos visibles y rotundos acorde con los estándares sociales sobre lo que corresponde a categorías binarias cerradas relacionadas con el sexo) deja al margen a ciertos individuos del colectivo trans, a saber, las personas transgénero que se identifican acorde con el sexo opuesto al asignado biológicamente al nacer y expresan su género acorde con esa identidad sentida y autodeclarada, pero que quizás no deseen someterse a una cirugía o tratamientos médicos para cambiarse los órganos sexuales primarios o secundarios (como es principalmente el caso de las personas transexuales), o las personas intersexuales, que se identifican con variaciones corporales en relación con los estándares sociales sobre lo que es femenino o masculino.

En segundo término, y tomando prestada la teoría del agente identitario¹⁹¹⁶, si consideramos a las personas como autores y propietarios de su identidad personal (incluida la sexual), la cual debe respetarse y protegerse frente a apropiación, uso indebido y contra la elaboración de perfiles y construcciones erróneas, en el caso de las personas trans, el derecho de rectificación sólo podría cubrir lo que Brownsword llama las “cuestiones objetivas” relativas a un perfil determinado (nombre, sexo, edad, etc.) pero las cuestiones que denomina “de juicio” (propensión a la criminalidad, solvencia, salud mental, etc.) tergiversarían la identidad real, poniendo al individuo en cuestión en un alto riesgo de depender de lo que la Red, o aquellos que la consultan y la interpretan, de manera descontextualizada, decidan quién es y no es:

“resulta difícil experimentar o reinventarse [...] el perfil [la identidad diríamos nosotros] está alineado [por las preferencias del sistema], pero [...] [lo que se]

¹⁹¹⁵ Quizás por ello la Asociación Mundial de Profesionales para la salud transgénero (“WPATH”, por sus siglas en inglés) advirtieron de la necesidad de efectuar un cambio de concepción a nivel internacional y la Organización Mundial de la Salud ha apostado recientemente por eliminar esta concepción y categorización de la identidad transgénero como un trastorno mental en su clasificación internacional de enfermedades en 2019. La versión actualizada de la *ICD-11* de la OMS se encuentra disponible en <https://www.who.int/classifications/icd/en/> (aunque también hay polémica en torno a la nueva clasificación y categoría reasignada denominada ‘incongruencia de género’). *Vid.*, como ejemplo, la Declaración de la WPATH sobre el reconocimiento identitario y los derechos de las personas trans de 2017, disponible en: <https://www.wpath.org/media/cms/Documents/Web%20Transfer/Policias/WPATH%20Identity%20Recognition%20Statement%2011.15.17.pdf>.

¹⁹¹⁶ BROWNSWORD, R.: “Friends, Romans, Countrymen: Is there a Universal Right to Identity?”, *Law, Innovation and Technology*, Vol. 1, núm. 2, 2009, p. 246.

reclama es un derecho reservado para ser libre de modificarla [acorde con sus preferencias personales]”¹⁹¹⁷.

Rey Martínez acoge una de las soluciones más integrales y protectoras que se han propuesto:

“El, tantas veces citado, Informe de la ECRI para España de 2018 propone facilitar el cambio registral de sexo y nombre, suprimiendo con carácter general el tratamiento médico previo -párrafo 99-. No será necesario para la rectificación registral que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual (art. 4.2). La rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos (art. 5) incluso con carácter retroactivo”¹⁹¹⁸.

Como alternativa menos drástica estaría el ejercicio del derecho al olvido, pues no es suficiente con rectificar ficheros, sino que, en la era de las redes sociales y de los motores de búsqueda, resulta necesario poder garantizar la dificultad en la accesibilidad de información obsoleta que no refleja la autopresentación que las personas de este colectivo realizan de sí mismas, evitando así el gravamen vitalicio de un pasado que no se corresponde con la actualidad. Como ya apuntábamos en capítulos anteriores, el derecho al olvido es un derecho a la identidad pues le permite a la persona ser diferente de aquel yo del pasado a través de la deconstrucción de la identidad pasada por medio de un mecanismo de reconstrucción. Por tanto, se ha aludido a que el mismo está en consonancia con la normativa actual que proporciona a las personas instrumentos para darle forma a su propia concepción de ese yo sentido¹⁹¹⁹.

De hecho, como principal justificación del derecho al olvido encontramos que la perspectiva de Gomes de Andrade precisamente la enfoca en “*el derecho a que no se falsee o malinterprete nuestra identidad*” y en que la reconstrucción de la identidad deviene imposible si no exige “*el derecho a que los demás reconozcan y confirmen*

¹⁹¹⁷ *Id.*, p. 247.

¹⁹¹⁸ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio...op.cit.*, p. 256.

¹⁹¹⁹ Dice Gomes de Andrade que el derecho al olvido “*sigue la línea antiesencialista mediante la cual la ley ha estado regulando la identidad personal. De hecho, la ley ha dotado a los individuos con más y más instrumentos legales con los que pueden influir y cambiar aspectos de su identidad. Las personas, hoy en día, tienen derecho a romper las cadenas de filiaciones, modificar nombres, abandonar nacionalidades y cambiar de sexo.*”²⁹ *El derecho a eliminar parte de nuestra identidad parece encajar muy bien en esta forma de entender y tratar la identidad personal que la ley apoya desde hace tiempo*”. Vid. GOMES DE ANDRADE, N.N.: “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 13 (febrero), 2012, p. 75.

nuestra identidad más reciente y actual” y si no posibilita “que se eliminen los rastros anteriores de la propia identidad”, puesto que “solo olvidando las identidades pasadas podemos hacer que prevalezca la identidad real, el derecho a ser olvidado puede desarrollar un papel muy importante para que una persona pueda reconstruir su narrativa identitaria, teniendo la certeza de que las identidades pasadas no ponen en peligro ese proceso”¹⁹²⁰.

Respecto al derecho al olvido, recordemos que el propio RGPD diferenciaba, allende el art. 17 que los regula conjuntamente, el derecho de supresión del derecho al olvido. En los considerandos del RGPD encontramos referencias al derecho al olvido como una suerte de derecho de supresión en el entorno en línea, también referencias que los equiparan completamente y referencias que dan pie a confusión en tanto en cuanto otorgan definiciones diferentes a acciones propias de ambos como es la supresión o la destrucción. De tal manera, tendríamos que hablar de los dos tipos de derecho al olvido en lo que a la protección de las personas trans se refiere. Por un lado, necesitan de un derecho al olvido como derecho de supresión de datos personales de ficheros o documentos en los que aparece información personal con la que ya no se identifican (el indicador de sexo/género, el nombre de pila, la imagen, por poner los ejemplos más evidentes). Ello se podría enfocar en varios de los supuestos contemplados en el propio art. 17, sobre todo teniendo en cuenta que ciertos datos personales pueden ya no ser necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos inicialmente por no estar actualizados (art. 17.1(a) RGPD). Otro supuesto claramente aplicable al colectivo trans es en el caso de que el propio interesado retire su consentimiento en que se basaba un tratamiento específico ya inadecuado o cuando trate precisamente con categorías especiales de datos como es la identidad de género cuando dicho tratamiento no tenga un fin necesario para el cumplimiento de una obligación o una norma que persigue un interés público (art. 17.1(b) RGPD que hace alusión al art. 6 y 9 RGPD respectivamente).

Desde luego, y en relación con este último supuesto, otro punto de arranque en el ejercicio del derecho al olvido de las personas trans sería el supuesto relativo a la oposición del tratamiento por motivos relacionados con su situación personal (sea porque se identifican de manera diferente a la identidad de género con la que fueron asignados al nacer por razones meramente biológicas, o sea, porque han dado un paso más y se han

¹⁹²⁰ *Id.*

sometido a una cirugía de confirmación o reasignación de sexo –sin que esta última situación tenga que ser necesariamente condición necesaria para solicitar dicha supresión–) y sin que consten razones de interés público para seguir tratando dichos datos personales (art. 17.1(c) RGPD).

Y, sobre todo, por otro, necesitan un derecho a la re-contextualización digital (o derecho al olvido digital) mediante el cual puedan, si no borrar, al menos hacer inaccesible (o lo menos accesible posible) información personal especialmente sensible sobre un pasado obsoleto, devenido irrelevante pero que, por la propia naturaleza de la Red, libre de barreras espacio-temporales, y la función que realizan los motores de búsqueda como herramientas supersónicas de localización, indexación y comunicación de información, resulta ser un imposible. Además, las características propias de la web convierten en fuente y causa principal de un trastorno por estrés postraumático no sólo el tener que revivir un duro pasado lleno de frustración, confusión, ansiedad y depresión por los recuerdos que la Red no olvida y resucita con una simple búsqueda, sino, sobre todo, por las consecuencias nefastas y discriminatorias que esa información obsoleta puede tener sobre su presente y futuro laboral, social o personal.

1.2.3. Las víctimas de violencia: el derecho al olvido como garantía a la recuperación del trauma

Precisamente hablando de los traumas del pasado, el estrés postraumático y la resurrección de información, que aunque cierta, deja de ser relevante y pasa a ser dañina tras cierto paso de tiempo, cabe también ocuparse de un grupo en situación de especial vulnerabilidad: las víctimas de violencia. En clave de claridad conceptual, proporcionaremos una definición de violencia sobre la que se basará un enfoque conceptual de lo que consideraremos ‘víctima de violencia’ en el presente estudio. A modo de introducción, cabe apuntar que la violencia es un fenómeno complejo y multidimensional que obedece a factores de muy diversa índole. Si bien la definición de violencia que nos proporciona la Organización Mundial de la Salud (“OMS”, en adelante) habla del *“uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo*

o privaciones”¹⁹²¹, entendemos que no necesariamente tiene que existir un acto (o amenaza de acto) físico para constituir un acto violento, pues aunque la violencia puede (y suele) ser física, también puede ser psíquica o por omisión. Por ejemplo, el abuso verbal, la intimidación a través de la manipulación o chantaje emocional, aunque elementos más subjetivos, o incluso la omisión del deber de socorro, pueden asimismo violentar o causarle lesiones físicas y psíquicas a una persona¹⁹²². Lo cierto es que un acto violento, sea constitutivo de delito o no, hace referencia a sucesos negativos y bruscos que generan inseguridad, indefensión y peligro (cuando no daño) para la propia integridad física o moral¹⁹²³, y normalmente va acompañado de una situación emocional angustiada. Quizás por ello, la violencia, al menos en materia penal, cuya disciplina tiende a relacionarla directamente con el concepto de ‘daño’ y el concepto de ‘delito’¹⁹²⁴, “*está lejos de ser un elemento típico con una interpretación consensuada y pacífica [...] [convirtiéndose en un concepto con significados adaptados] a las necesidades interpretativas político-criminales de cada delito*”¹⁹²⁵.

Algunos autores, en efecto, han definido la víctima de violencia únicamente como sinónimo de “víctima de delitos” acogiéndose a la definición que proporciona el correspondiente convenio europeo¹⁹²⁶, y otros la han ampliado entendiéndola como

¹⁹²¹ OMS: *Temas de Salud. La violencia*. Disponible en: <https://www.who.int/topics/violence/es/>

¹⁹²² Así al menos se ha interpretado, a nivel internacional, en otras disciplinas como en el caso de la violencia laboral, de tal forma que este concepto abarcaría tanto la violencia física como la psicológica y/o verbal donde también la OIT/CIE/OMS/ISP (2002) las define como el “el empleo de la fuerza física contra una persona o grupo, que produce daños físicos, sexuales o psicológicos, incluyendo las palizas, patadas, bofetadas, puñaladas, tiros, empujones, mordiscos y pellizcos” y como “el uso deliberado del poder o amenazas al recurso de la fuerza física, contra una persona o grupo, que pueden dañar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Comprende el abuso verbal, la intimidación, el atropello, el acoso y las amenazas” (p.4).

¹⁹²³ Más sobre el daño psicológico, que existe tanto en caso de violencia física y emocional, y su evaluación (el llamado “quantum doloris”) en ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., DE CORRAL GARGALLO, P. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 4, 2004, pp. 227-244.

¹⁹²⁴ Ramírez Lema comenta que “*Los efectos que la violencia o el delito -en su expresión jurídica- provocan sobre las víctimas serán en las mayorías de las ocasiones negativas o desventajosas [...] para quienes lo soportan directamente [...] En términos generales, daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma o en su patrimonio*”. Vid. RAMÍREZ LEMA, A.: “Daño social en víctimas de delitos violentos”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 112.

¹⁹²⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *La violencia en el Derecho Penal: Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP 1995*, Bosch, Madrid, 1999. Lo que, en nuestros días, sigue siendo cierto y ello desde luego explica las controvertidas interpretaciones de la jurisprudencia española en los archiconocidos casos de La Manada y del Procés.

¹⁹²⁶ A saber, el Convenio Europeo sobre Indemnizaciones a Víctimas de Delitos Violentos de 24 de noviembre de 1983, cuyo art. 4 establece que son aquellas “*personas víctimas de delitos intencionales de violencia que hayan sufrido lesiones corporales o daños en su salud o de las personas que estuvieran a cargo de las víctimas fallecidas, como consecuencia de esos delitos*”. Vid., en tal sentido, el análisis de MUÑAGORRI LAGUÍA, I. y PÉREZ MACHÍO, A.I.: “Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2

aquella persona que ha sufrido “*sucesos negativos, vividos de forma brusca, que generan terror e indefensión, ponen en peligro la integridad física o psicológica [...] en tal situación emocional que es incapaz de afrontarla con sus recursos psicológicos habituales*”¹⁹²⁷. Por todo lo anterior, y, en lo que concierne al presente apartado, consideraremos una definición amplia de víctimas de violencia, como aquellas personas que han sufrido daños físicos o emocionales¹⁹²⁸, sea de manera directa o indirecta¹⁹²⁹, como consecuencia de una conducta ilícita deliberada¹⁹³⁰. Nos centraremos en tres colectivos concretos que pueden verse en una situación de especial vulnerabilidad con respecto a la última parte de esta acepción y que requieren, dado el panorama socio-digital actual, una protección reforzada a través del derecho al olvido, a saber, las víctimas de sucesos extremadamente violentos (en concreto, y por su relevancia en las últimas décadas, las víctimas de actos terroristas), las víctimas de ciberacoso y las víctimas de

del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad”, *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, núm. especial 99-100 (mayo-diciembre), 2014, p. 2108.

¹⁹²⁷ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Víctimas del terrorismo y de secuestros: del trauma a la superación”, *Jornadas secuestros y toma de rehenes por parte de grupos terroristas: prevención y respuestas*, 2011, p. 2; y ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Lesiones psíquicas y secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos: el proceso de victimización”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 121 (Ejemplar dedicado a: Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal), 2007, p. 98. De manera casi idéntica lo define PEREDA, N.: “La victimología en el contexto de las ciencias sociales”, en PEREDA, N. y TAMARIT, J.M. (Eds.) *Victimología teórica y aplicada*, Huygens Editorial, Barcelona, pp. 21-37.

¹⁹²⁸ Sean lesiones psíquicas o secuelas emocionales. Para entender su distinción, vid. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., DE CORRAL GARGALLO, P. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Evaluación del daño psicológico...*op.cit.*”, pp. 230-232.

¹⁹²⁹ Esta matización resulta necesaria puesto que es de sobra conocida la tipología generalmente aceptada que diferencia entre victimización directa e indirecta, incluyéndose en esta última categoría a los familiares, amigos, compañeros sentimentales o de trabajo de la víctima directa. Por ejemplo, en España, siguiendo el modelo armonizado europeo que veremos más adelante, define la víctima directa como “*toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito*” y la víctima indirecta como “*1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontrasen bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima*”. Vid. art. 2 de la Ley 14/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito.

¹⁹³⁰ Cuando hablamos de ‘accidente’ tendemos a pensar en un accidente automovilístico, en una caída de altura o en bajas humanas causadas por desastres naturales o eventos catastróficos relacionadas con el temporal. Cuando hablamos de ‘conductas ilícitas deliberadas’ tendemos a pensar en infracciones penales serias tales como un asesinato, una agresión sexual, un ataque terrorista, etc. No obstante, en lo que concierne a este trabajo, lo englobaremos todo en la expresión “sucesos extremadamente violentos”.

violencia de género (en concreto, y por su repercusión socio-digital, las víctimas del llamado porno vengativo).

Tomando prestadas unas palabras de Contreras Taibo, aunque la lógica del sistema de persecución penal se centra en el castigo de aquel que produce el daño (normalmente físico), ello no puede significar dejar al margen las consecuencias de la “fractura generada por el delito”, requiriendo de reparaciones allende las del ofensor, obligando, pues, a los diferentes sistemas vinculados a la víctima, y a la sociedad en su conjunto¹⁹³¹. La noción de “obligaciones positivas”, ampliamente desarrollada por la jurisprudencia del TEDH (sobre todo, en situaciones de vulnerabilidad), adquiere aquí plena vigencia. Esto es especialmente cierto en el caso de aquellas personas que han sufrido experiencias traumáticas debido a un acto o entorno violento. El impacto físico y emocional de este tipo de situaciones -sea un desastre natural, un ataque terrorista o el abuso físico y/o emocional continuado en el tiempo- es devastador tanto para aquella que sufre directamente los daños como para aquellos cercanos a la misma. Los efectos directos más comunes de la victimización incluyen conmoción, pérdida de confianza, sentimientos de culpa, miedo, ira o depresión, secuelas físicas (o incluso incapacidad) o psicológicas como el insomnio, la ansiedad, padecer síndromes postraumáticos¹⁹³² o participar en conductas autodestructivas (tales como el uso y abuso de alcohol y otras drogas, daños autoinfligidos, o pensamientos o intentos de suicidio) para sobrellevar o acabar con el trauma¹⁹³³. De la lectura de las secuelas psíquico-físicas supracitadas debemos volver a traer a colación las reflexiones acerca de la vulnerabilidad. Recordemos que la vulnerabilidad es ese estado de elevada exposición a determinados riesgos y la capacidad disminuida para defenderse de ellos, generalmente derivada de factores intrínsecos y extrínsecos. Como elocuentemente apunta un experto en el trastorno de estrés postraumático y la evaluación psicológica de víctimas de violencia:

¹⁹³¹ CONTRERAS TAIBO, L.: “Asistencia especializada a víctimas del delito”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 193.

¹⁹³² Comúnmente llamados “trastornos de estrés postraumático” (“TEPT”, en adelante). En el presente trabajo, utilizaremos ambas expresiones como sinónimos.

¹⁹³³ Para un análisis más detallado sobre los efectos múltiples de actos violentos en las personas que los sufren directa o indirectamente, *vid.* SHAPLAND, J. y HALL, M.: “What do we Know about the Effects of Crime on Victims?”, *International Review of Victimology*, Vol. 14, 2007, pp. 175-217; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., DE CORRAL GARGALLO, P. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Evaluación del daño psicológico...*op.cit.*, p. 234; y, más recientemente, DINISMAN, T. y MOROZ, A.: *Understanding victims of crime. The impact of the crime and support needs*, Victim Support-Hallam House, London, 2017, pp. 1-38.

“Los sucesos traumáticos desbordan, con frecuencia, la capacidad de respuesta de una persona, que se siente sobrepasada para hacer frente a las situaciones que se ve obligada a arrastrar. Las estrategias de afrontamiento pueden volverse malsanas o fallidas; y las expectativas, derrotistas. La frecuente aparición de emociones negativas, como el odio, el rencor o la sed de venganza (ante un suceso traumático causado por otros seres humanos), puede complicar aún más el panorama. Como consecuencia de ello, la persona, incapaz de adaptarse a la nueva situación, puede sentirse indefensa, perder la esperanza en el futuro y encontrarse paralizada para emprender nuevas iniciativas y, en definitiva, para gobernar con éxito su propia vida” (énfasis nuestro)¹⁹³⁴.

Los sucesos traumáticos producen vulnerabilidad pues generan indefensión y dejan a sus víctimas con situaciones emocionales difíciles de afrontar por sí solas, y, en el caso de la violencia, sea la causa o el medio utilizando, esta se ubica como elemento especialmente perturbador¹⁹³⁵. Resulta indudable que la violencia, sea de la índole y naturaleza que sea, es una “experiencia traumática”¹⁹³⁶ para aquellas personas que la sufren o la recuerdan. En sí el trauma se ha definido tanto como aquella experiencia abrumadoramente negativa como aquellas respuestas o recordatorios posteriores a dicha experiencia; ambas pueden afectar y alterar la neurobiología humana y los desencadenantes suelen ser eventos o acciones externas que recrean las asociaciones traumáticas originadas por esas experiencias abrumadoras¹⁹³⁷. Llegados a este punto, nos vemos obligados a recordar la estrecha relación entre el recuerdo (la memoria) y el olvido en el contexto del bienestar emocional del ser humano ante experiencias traumáticas como las supracitadas¹⁹³⁸.

Christianson, por ejemplo, ha desarrollado el concepto de “memoria emocional”¹⁹³⁹ como la atribución de trascendencia emocional a un estímulo o evento, promoviendo su

¹⁹³⁴ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Víctimas del terrorismo...*op.cit.*, p. 6.

¹⁹³⁵ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Memoria traumática: estrategias de afrontamiento adaptativas e inadaptables”, *Terapia Psicológica* Vol. 37, núm. 1, 2019, p. 72.

¹⁹³⁶ Así lo calificó el propio Parlamento Europeo en su Resolución de 5 de abril de 2011. *Vid. Considerando B.*

¹⁹³⁷ PONIC, P., VARCOE, C. y SMUTYLO, T.: “Trauma- (and Violence-) Informed Approaches to Supporting Victims of Violence: Policy and Practice Considerations”, *Department of Justice: Victims of Crime Research Digest*, núm. 9, 2016. Disponible en: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rd9-rr9/p2.html>

¹⁹³⁸ Más sobre las últimas teorías al respecto en: BREWIN C. R.: “Memory and Forgetting”, *Current psychiatry reports*, Vol. 20, núm. 10(87), 2018, pp. 1-8.

¹⁹³⁹ CHRISTIANSON, S.A.: *The Handbook of Emotion and Memory: Research and Theory*, Psychology Press New York, 2014.

conservación en la memoria. Así, defiende que los eventos o estímulos que tienen un componente emocional o psicológico fuerte, sea positivo o negativo, generalmente se retienen mejor que los eventos o estímulos neutrales; todo lo cual, cuando hablamos de eventos violentos o traumáticos, indudablemente implica máxima retención y, como también apuntan otros autores, suele ir aparejado del desarrollo del supracitado síndrome postraumático¹⁹⁴⁰. Además, numerosos estudios han demostrado que cada vez que una persona (sea adulto o menor de edad) recuenta o recuerda un episodio de abuso (sea físico o psicológico), o cualquier experiencia violenta y/o traumática, existe un riesgo considerablemente elevado de que ello tenga efectos negativos para su salud mental¹⁹⁴¹; o que cada vez que la persona se ve forzada a recordar el evento traumático, como consecuencia de desencadenantes más o menos intrusivos (escuchar un sonido concreto, ver una fotografía del evento o volviendo al lugar de los hechos), es como si re-experimentara el evento traumático¹⁹⁴². Todo esto lo ha resumido Gómez Botero de la siguiente manera:

“En los casos de traumatismos, el proceso psíquico de la memoria y el olvido aparecen desvirtuados en su función. La memoria no cumple su labor de vaciar el pensamiento, de enviar al olvido determinados elementos para ser situados en el entramado de la existencia del sujeto, para luego ser nuevamente traídos a la memoria, vía el recuerdo. Si no nos fuera dado olvidar, el pensamiento estaría atiborrado de tal cantidad de material, que resultaría imposible seleccionar lo necesario para operar en la existencia. De la memoria ideal se espera que el sujeto olvide lo que tiene poca importancia y recuerde aquello que en efecto la tiene; mas la clínica de la memoria muestra lo contrario: olvidos donde no debería haberlos y recuerdos que mortifican”¹⁹⁴³.

¹⁹⁴⁰ Un estudio sistemático actualizado lo encontramos en DURAND, F., ISAAC, C., y JANUEL, D.: “Emotional Memory in Post-traumatic Stress Disorder: A Systematic PRISMA Review of Controlled Studies”, *Frontiers in psychology*, Vol. 10, núm 303, 2019, pp. 1-15.

¹⁹⁴¹ VALPIED, J., CINI, A., O'DOHERTY, L., TAKET, A., y HEGARTY, K.: “Sometimes cathartic. Sometimes quite raw: Benefit and harm in an intimate partner violence trial”, *Aggression & Violent Behavior*, Vol. 19, núm. 6, 2014, pp. 673-685; HENSEL, J. M., RUIZ, C., FINNEY, C., y DEWA, C.S.: “Meta-Analysis of Risk Factors for Secondary Traumatic Stress in Therapeutic Work with Trauma Victims”, *Journal of Traumatic Stress*, Vol. 28, núm. 2, 2003, pp. 83-91; y

¹⁹⁴² SAMUELSON, K.W.: “Post-traumatic stress disorder and declarative memory functioning: a review”, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, Vol 13, núm. 3, 2011, p. 346.

¹⁹⁴³ GÓMEZ BOTERO, G.E.: “Traumatismos de guerra: memoria y olvido”, *Revista de Psicoanálisis*, núm. 4, 2004, p. 84.

Lo anterior, en la era socio-digital actual, acentúa y agrava esta situación de especial vulnerabilidad puesto que el trauma sufrido no sólo tiende a producir interferencias negativas en la vida cotidiana sino que normalmente las secuelas psíquico-emocionales suelen retroalimentarse de factores desencadenantes ligados al evento traumático al alcance de un solo clic. La desvinculación a través de un olvido forzado es a veces el único mecanismo de recuperación. La Red, y los que en ella vierten sus opiniones o comparten información de terceros sin su consentimiento, se convierte en un repositorio de información universal e instantáneamente accesible, haciendo imposible ese ejercicio necesario de disociación. Pensemos en aquellas personas que han experimentado un suceso extremadamente violento (víctimas de un acto terrorista, de un asesinato, de una agresión sexual o de un accidente grave) y que encuentran su nombre o su foto divulgadas por la Red, personas que han sido víctimas de acoso o *bullying* a través de las redes sociales y que ven cómo publicaciones con información personal tergiversada o descontextualizada se vuelven virales, o pensemos en las mujeres que son víctimas del ya estudiado ‘porno vengativo’ o aquellas cuya información personal, anclada en la Red, les hace imposible esconderse de los agresores de los que han conseguido escapar.

Así las cosas, los medios de comunicación y el público general, debido a la expansión del umbral de tolerancia de invasiones a la privacidad y a las exigencias de transparencia y las libertades informativas, “filtran la intimidad de la víctima al público”¹⁹⁴⁴ y divulgan información personal de la misma, que muchas veces tiene, desgraciadamente, como causa o consecuencia la justificación del delito, al dibujar perfiles que parecen mostrar a la víctima como causante y responsable de su situación¹⁹⁴⁵: en el caso de la víctima de un asesinato o de una agresión sexual se le culpa por estar a determinadas horas en determinados sitios o por estar bajo los efectos de un estupefaciente, en el caso de la víctima de ciberacoso o de porno vengativo se les culpa por revelar y divulgar, aunque sea de manera privada, tanta información y fotografías controvertidas, etc. Ello sin contar lo que revivir esos hechos traumáticos implica para su bienestar emocional: en síntesis,

¹⁹⁴⁴ ECHEBURÚA ODRIUZOLA, E., DE CORRAL GARGALLO, P. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Evaluación del daño psicológico...*op.cit.*, p. 235.

¹⁹⁴⁵ SERRA CRISTÓBAL, R.: “Los derechos de la víctima en el proceso penal vs. medios de comunicación. Especial referencia a las víctimas de violencia por motivos de género”, *Revista española de derecho constitucional*, Vol. 35, núm. 103, 2015, p. 200.

una segunda victimización¹⁹⁴⁶, una re-traumatización, y como consecuencia directa, un obstáculo o un retroceso en el camino hacia la recuperación.

Precisamente por todo ello, al igual que se aboga por una comunidad solidaria con las víctimas¹⁹⁴⁷, se debe abogar por unas NTIC solidarias con las víctimas. Parte de la doctrina científica ha estudiado y defiende los beneficios psicológicos del olvido en el tratamiento del trauma, con mecanismos que inhiban el recordatorio constante e ilimitado de un acontecimiento extremadamente angustiante¹⁹⁴⁸. En el campo de la Psicología son de sobra conocidas no sólo las estrategias de afrontamiento adaptivas como el “olvido activo (evitación cognitiva)”¹⁹⁴⁹ sino también, y precisamente como desarrollo de estas, las técnicas dirigidas hacia un olvido intencionado o reconducido (el llamado “*directed forgetting*” o “*thought suppression*”)¹⁹⁵⁰. Con ellas se pretende reducir (si no eliminar) deliberadamente todo pensamiento o recuerdo traumático, mediante una serie de técnicas de asociación, disociación o redirección de patrones o desencadenantes, con el fin de

¹⁹⁴⁶ Acogiendo la diferenciación de Echeburúa, entendemos por victimización primaria aquella que deriva directamente del hecho violento y la victimización secundaria aquella que surge *a posteriori* del hecho violento, como consecuencia de un sistema o panorama jurídico-penal, institucional (y nosotros añadimos el socio-digital) defectuoso; es decir, la victimización secundaria contribuye a agravar el daño psicológico de la víctima o a cronificar las secuelas psicopatológicas que esta puede tener. Vid. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Víctimas del terrorismo...*op.cit.*, p. 6.

¹⁹⁴⁷ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y CRUZ-SÁEZ, M.S.: “De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso”, *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, pp. 84-85: “*La organización social [y nosotros añadimos la organización o sociedad tecno-digital] actual constituye una sociedad de riesgos, donde prima la libertad sobre la seguridad. Esta situación tiene ventajas, pero también implica más riesgos. Por ello, el conjunto social tiene una obligación de asumir una solidaridad activa con las víctimas que no ha sabido ni podido proteger*”.

¹⁹⁴⁸ Vid., por ejemplo, BAUMANN, M., ZWISSLER, B., SCHALINSKI, I., RUF-LEUSCHNER, M., SCHAUER, M., y KISSLER, J.: “Directed forgetting in post-traumatic-stress-disorder: a study of refugee immigrants in Germany”, *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, Vol. 7, núm. 94, 2013, pp. 1-8; BREWIN, C.R.: “Remembering and forgetting”, en FRIEDMAN, M. KEANE, T. y RESICK, P. (Eds.), *Handbook of PTSD: Science and Practice*, Guilford Press, New York, 2014, pp. 200-218; O’LOUGHLIN, M.: “Troubling Naturalized Trauma, Essentialized Therapy, and the Asphyxiation of Dangerous Memory”, en O’LOUGHLIN, M. (Ed): *The Ethics of Remembering and the Consequences of Forgetting: Essays on Trauma, History and Memory*, Rowman & LittleField, London, 2015, pp. 1-35 y 55-72; GAGNEPAIN P., HULBERT J., ANDERSON M.C.: “Parallel regulation of memory and emotion supports the suppression of intrusive memories”, *Journal of Neuroscience*, Vol. 37, 2017, pp. 6423-6441; y ISHIKAWA, R., UCHIDA, C., KITAOKA, S. FURUYASHIKI, T. y KIDA, S.: “Improvement of PTSD-like behavior by the forgetting effect of hippocampal neurogenesis enhancer memantine in a social defeat stress paradigm”, *Molecular Brain*, Vol. 12, núm. 68, 2019, pp. 1-6.

¹⁹⁴⁹ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Memoria traumática...*op.cit.*, p. 73.

¹⁹⁵⁰ Vid., por todos, SHIPHERD, J.C. y BECK, G.: “The role of thought suppression in posttraumatic stress disorder”, *Behavior Therapy*, Vol. 36, núm. 3, 2005, pp. 277-287; GERAERTS, E. y MCNALLY, R.J.: “Forgetting unwanted memories: Directed forgetting and thought suppression methods”, *Acta Psychologica*, Vol. 127, núm. 3, 2008, pp.614-622; BLIX, I., y BRENNEN, T.: “Intentional forgetting of emotional words after trauma: a study with victims of sexual assault”, *Frontiers in psychology*, Vol. 2, núm. 235, 2011, p. 1-8; GOLDING, J.M. y MACLEOD, C.M. (Eds): *Intentional Forgetting Interdisciplinary Approaches*, Psychology Press, New York, 2013; y COWAN, C.S.M., WONG, S.F. y LE, L.: “Rethinking the Role of Thought Suppression in Psychological Models and Treatment”, *Journal of Neuroscience* 22, Vol. 37, núm. 47, 2017, pp. 11293-11295.

proteger la estabilidad y supervivencia mental y física de la persona (procesos que la mente humana ya intenta hacer de por sí como mecanismo de autodefensa¹⁹⁵¹ y que muchos consideran estrategias útiles para la supervivencia¹⁹⁵²). De tal manera, no solo es una “*reacción protectora natural para mantener el equilibrio emocional*”, sino que además no constituyen propiamente olvidar:

*“sino echar al olvido, lo que quiere decir que un individuo se acuerda de lo ocurrido y lo tiene presente, pero lo aleja de su conciencia e impide que el pasado determine sus decisiones y vivencias presentes y futuras [...] no dar pábulo a recuerdos dolorosos [...] los recuerdos traumáticos se convierten en recuerdos biográficos que no encadenan al individuo al pasado ni le impiden proyectar el futuro. Una cosa es recordar y otra muy distinta vivir recluido en la vivencia de un suceso negativo pasado, lo que genera rencor y amargura”*¹⁹⁵³.

Los elementos paralelos con el derecho al olvido digital son indiscutibles y precisamente de aquí extrapolamos su premisa. Análogamente, en el contexto digital, que recordemos se caracteriza por mantener todo “fresco” y en la “superficie”, obligándonos a rememorar todo, como si se tratara de “un síndrome postraumático digital”¹⁹⁵⁴, apostaremos por un derecho al olvido como mecanismo que permite esa imprescindible disociación o desvinculación con las experiencias traumáticas; ello posibilitaría la capacidad de desprenderse del pasado y haría la tarea de rehabilitación de aquellas que más lo necesitan más efectiva. Las vivencias de las víctimas de violencia se reducen, para el resto del mundo, a hechos del pasado, y si bien ‘hechos pasados’ son (o deberían ser

¹⁹⁵¹ Los máximos exponentes de este hallazgo son Benoit y Anderson, expertos en neurociencia cognitiva, de la Universidad de Cambridge. Vemos conveniente citar sus principales descubrimientos: “*Reminders of the past can trigger the recollection of events that one would rather forget. Here, using fMRI, we demonstrate two distinct neural mechanisms that foster the intentional forgetting of such unwanted memories. Both mechanisms impair long-term retention by limiting momentary awareness of the memories, yet they operate in opposite ways. One mechanism, direct suppression, disengages episodic retrieval through the systemic inhibition of hippocampal processing that originates from right dorsolateral prefrontal cortex (PFC). The opposite mechanism, thought substitution, instead engages retrieval processes to occupy the limited focus of awareness with a substitute memory. It is mediated by interactions between left caudal and midventrolateral PFC that support the selective retrieval of substitutes in the context of prepotent, unwanted memories. These findings suggest that we are not at the mercy of passive forgetting; rather, our memories can be shaped by two opposite mechanisms of mnemonic control*” (énfasis nuestro). Vid. BENOIT R.G. Y ANDERSON M.C.: “Opposing mechanisms support the voluntary forgetting of unwanted memories”, *Neuron*, Vol. 76, núm. 2, 2012, pp. 450-460.

¹⁹⁵² ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Víctimas del terrorismo...*op.cit.*, p. 10: “*eludir y enterrar en el olvido una realidad intolerable para mantener el equilibrio emocional y la cohesión social es una reacción protectora natural. Por ello, el silencio y la distracción, junto con el paso del tiempo y la reanudación de la vida cotidiana, constituyen, a veces, una estrategia útil*”.

¹⁹⁵³ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Memoria traumática...*op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁵⁴ HILL, K.: “How the Past Haunts...*op.cit.*

inmodificables), la percepción de los mismos y su accesibilidad deberían poder modularse en función de una serie de criterios como el paso del tiempo, la irrelevancia de la información para el interés público, así como el interés superior de aquellas personas que han padecido los efectos nefastos de la violencia y el trauma.

La condición de ‘víctima’ debería ser un estado transitorio o pasajero¹⁹⁵⁵, y aun así, la realidad socio-digital, en general y el acceso universal, ilimitado y descontextualizado de cierta información personal, en particular, que vincula eternamente el nombre con una serie de enlaces, sea de índole periodística o no, perpetúa el trauma, prolonga el duelo, cercena el libre desenvolvimiento en sociedad de este colectivo, y hace de la recuperación un imposible. Por ello, es necesario un mecanismo efectivo, para esa “etapa de deconstrucción forzada” o “fase de reconstrucción”, que permita que estas personas vulnerables no queden “atrapadas en el túnel del tiempo”¹⁹⁵⁶ y que el recuerdo traumático no se convierta en “fantasma obsesivo ni un arma arrojadiza vengativa”¹⁹⁵⁷. Veremos más adelante cómo “el desvanecimiento de las huellas mnémicas de las experiencias pasadas”¹⁹⁵⁸ por el que apuesta la rama de la psicología se puede articular, en la rama tecno-jurídica, a través del derecho al olvido, como garantía de una ‘evitación’ (ya no cognitiva) sino digital.

La protección de las víctimas ha sido un objetivo prioritario de la UE a lo largo de su historia normativa de las últimas décadas. Por citar ejemplos recientes, en la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2011, relativo a las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres¹⁹⁵⁹, a pesar de ser un instrumento de *soft law*, las propuestas vertidas en ella fueron la base de una estrategia política para combatir la violencia contra las mujeres, en general, y la violencia doméstica, en particular y dieron paso a futuros instrumentos legislativos de lucha contra la violencia de género. En este, encontramos numerosas referencias a la necesidad de ayudar a las víctimas de violencia a “a reconstruir sus vidas” o a garantizar el “restablecimiento” de su salud “psicológica”¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵⁵ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Memoria traumática...*op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁵⁶ *Id.* p. 78.

¹⁹⁵⁷ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y CRUZ-SÁEZ, M.S.: “De ser víctimas a dejar de...*op. cit.*, p. 93.

¹⁹⁵⁸ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Memoria traumática...*op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁵⁹ *Vid.* P7_TA(2011)0127 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209(INI))

¹⁹⁶⁰ *Id.* punto 2, apartado 8.

Es, de nuevo, de obligada referencia citar la Directiva 2012/29/UE, como nuevo marco regulatorio armonizado europeo que surgió de sendas iniciativas con el fin de reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. Por lo que nos interesa, aunque no proporciona una definición de ‘víctima de violencia’, sí que se trabaja con una definición autónoma de ‘víctima de delitos’, entendida como *“la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal”* así como sus familiares en caso de fallecimiento¹⁹⁶¹. Además, incorpora una definición autónoma de ‘violencia por motivos de género’ en la que incluye toda forma de violación de los derechos y libertades fundamentales de la víctima, por motivo de su sexo o identidad de género, entre las que destaca la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual, la esclavitud y otras prácticas nocivas físicas, psicológicas o vinculadas al honor¹⁹⁶².

Aquí, por tanto, observamos esa apertura hacia una definición más amplia y que incluye la violencia psicológica o aquellos actos que, sin ser violentos *per se*, causan un daño emocional grave. Además, en ella se hace especial hincapié en la protección de las víctimas frente a futura victimización y/o represalias, así como en la necesidad de proporcionar el apoyo adecuado para facilitar su recuperación, vinculándolo a la protección de su intimidad y de su derecho fundamental a la protección de datos:

“Proteger la intimidad de la víctima puede ser un medio importante de evitar la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, y puede lograrse mediante una serie de medidas como la prohibición o la limitación de la difusión de información relativa a la identidad y el paradero de la víctima. Esta protección reviste especial importancia para las víctimas que sean menores, e incluye la prohibición de difundir el nombre del menor [...] Las medidas que puedan adoptarse para proteger la intimidad y la imagen de las víctimas y sus

¹⁹⁶¹ Vid. art. 1.2 (a)(i) así como (ii) de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁹⁶² Vid. Considerando 17 de la Directiva 2012/29/UE: *“[...] Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzosos, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor»”*.

familiares deberán ser siempre coherentes con los derechos a un juez imparcial y a la libertad de expresión [...]”¹⁹⁶³.

En semejante línea, por tanto, indica que con el fin de respetar “*la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, los Estados miembros instarán a dichos medios a aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas*”¹⁹⁶⁴. Podemos volver a observar la difícil conciliación entre la protección de datos y las libertades informativas, y por ende, las potenciales situaciones de vulnerabilidad a las que las víctimas de delitos se enfrentan: sus derechos personalísimos, especialmente amenazados por la transformación y globalización digital, se ven legítimamente limitados por la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información de terceros sobre los actos traumáticos que sufrieron. De hecho, en lo que respecta a la protección de datos, en general, y al derecho al olvido, en particular, es de sobra conocido que según la normativa y jurisprudencia europea y española ya examinada, su ejercicio se podrá limitar cuando la información que se quiera suprimir o desindexar sea necesaria para ejercer las libertades fundamentales de expresión e información:

“los límites a los derechos fundamentales nacen, precisamente, de su colisión con otros valores, principios, intereses jurídicos igualmente fundamentales, poniéndolos en relación con su función social y buscando el equilibrio [...]En el caso del derecho al olvido digital, su ejercicio, en tanto en cuanto supresión de información, entra en directa colisión con bienes jurídicos protegidos por las libertades informativas (la libertad de expresión, el derecho a la información [...]”¹⁹⁶⁵.

Existirán pocos casos en los que no se produzca una invasión en los derechos de la víctima antes, durante o después del proceso penal. La historia de cualquier Estado constitucional y democrático no es otra que la historia de conciliar derechos fundamentales contrapuestos; de manera especial se evidencia en el difícil equilibrio entre el derecho del público general a la información y el derecho a la intimidad de las víctimas de delitos. Por un lado, encontramos a aquellos que quieren un acceso sin restricciones a

¹⁹⁶³ Vid. Considerando 54 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁹⁶⁴ Vid. art. 21.2 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁹⁶⁵ Así lo he dicho en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*, pp. 147 y 173.

la información y a decidir libremente, como parte de ese “vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública”, cómo comunicarla, y por otro, encontramos a aquellas personas, inocentes y arrojadas al punto de mira por los hechos que les rodean, que encuentran imposible mantener una pizca de privacidad y que tienen que soportar no sólo las secuelas del evento traumático que han experimentado, sino, además, lo que antes hemos llamado el TEPT digital; es decir, todas las escenas retrospectivas que producen los datos personales divulgados por terceros (esas “sombras digitales”¹⁹⁶⁶). A ello se le añade que, en nuestros días, las injerencias y el sufrimiento padecido no acaba con el sobreseimiento del caso o cuando el juez emite su sentencia sino que toda forma de comunicación de información veraz así como cualquier expresión de pensamientos, ideas y opiniones sobre el caso (y los involucrados en él) acabará al final en la Red, y gracias a los motores de búsqueda, será, de forma indefinida, instantánea y universalmente accesible con una simple búsqueda genérica.

El interés periodístico de divulgar acontecimientos de interés o de relevancia pública sin duda puede incluir aquellos que son violentos (sea un accidente automovilístico mortal, sea un atentado terrorista, sea un juicio por violación múltiple, sea un altercado doméstico, sea el arresto de una mafia de trata de seres humanos o sea una paliza en un bar), pero nos encontramos con dos grandes dificultades. Por un lado, el interés de informar sobre un delito violento no necesariamente exige informar sobre la identidad de la víctima que lo sufre: la intromisión en la intimidad de la víctima y la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos, revelando la identidad de la víctima no es necesario ni proporcionado para transmitir una noticia relevante. Por otro lado, en la gran mayoría de los casos, el interés en publicar y difundir una noticia no nutre más que un *“afán voraz del público por acceder a cualquier detalle sobre el delito”* y produce el llamado *“fenómeno de los juicios paralelos o en la transformación del proceso mismo en una especie de espectáculo informativo”*¹⁹⁶⁷; todo ello implica una victimización secundaria y puede (y suele) chocar frontalmente con la intimidad (e igualmente con el honor y la propia imagen), y, por supuesto, con el derecho fundamental a la protección de datos. Al igual que la normativa europea y nacional (por transposición) se les reconoce a las víctimas un derecho a recuperar el poder, un derecho a la sanación y un derecho a la protección de su intimidad, estos, a día de hoy, sólo podrán ser garantizados de manera

¹⁹⁶⁶ KOOPS, B.J.: “Forgetting Footprints...*op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁶⁷ SERRA CRISTOBAL, R.: “Los derechos de la víctima frente a los medios de comunicación”, *Al revés y al derecho*, 19-04-2015. Disponible en: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=3756>

efectiva a través del derecho al olvido. El tipo de derecho al olvido dependerá de la situación de violencia, y, por tanto, del colectivo vulnerable que estemos analizando.

A. Víctimas de sucesos extremadamente violentos: el caso de víctimas del terrorismo

Así, en el caso de víctimas de sucesos extremadamente violentos, que han experimentado un hecho traumático, imprevisible y particularmente intenso, se sienten indefensas y sin control alguno para afrontar lo que les ha pasado. Numerosos estudios han demostrado que los acontecimientos traumáticos intencionados de este calibre generan un impacto psicológico mayor que otros tipos de traumas¹⁹⁶⁸. En el caso de atentados terroristas, por ejemplo, las secuelas psicológicas de las víctimas supervivientes se caracterizan “*por un enturbiamiento de la conciencia, una pobreza de reacciones, una sensación de abatimiento total y un derrumbamiento emocional [...] descontrol emocional y un terror irresistible*” y suele ir acompañado, como mecanismo de autodefensa, de un embotamiento y desconexión afectivo-cognitiva “*para poder soportar esos momentos*”¹⁹⁶⁹. No obstante, ese deterioro, *a posteriori*, no sólo se acrecenta y manifiesta mediante síntomas de ansiedad o depresión, sino que suelen agravarse exponencialmente cuando hay factores “disparadores”¹⁹⁷⁰ o detonantes (propios del ya estudiado TEPT). La información y opinión sobre este tipo de sucesos de interés público vertidas en la Red, sea mediante fotografías del lugar de los hechos, entrevistas a testigos, noticias sobre nuevos atentados, apoyo social u homenajes a los terroristas o la publicación de información sobre las víctimas mortales o heridas, al final se convierten en “*imágenes intrusivas a modo de flashback*”¹⁹⁷¹ y constituyen una “*fuentes adicionales de victimización*”¹⁹⁷².

¹⁹⁶⁸ QUINTEROS TURINETTO, A.M., e ISELLA PEROTTI, S.E.: “Atención psicológica de víctimas de atentados masivos extremistas”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 339-375; BACA BALDOMERO, E., CABANAS ARRATE, M. L. y BACA-GARCÍA, E.: “El Proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares”, en BACA E. y CABANAS, M. L. (Eds.). *Las víctimas de la violencia. Estudios psicopatológicos*, Triacastelay, Madrid, 2003; y TRUJILLO M.: *Psicología para después de una crisis. Cómo superar el estrés en situaciones críticas*, Aguilar, Madrid, 2008.

¹⁹⁶⁹ QUINTEROS TURINETTO, A.M., e ISELLA PEROTTI, S.E.: “Atención psicológica de víctimas de atentados masivos extremistas”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 343-344.

¹⁹⁷⁰ *Id.*, pp. 347 y 349.

¹⁹⁷¹ *Id.*, p. 357.

¹⁹⁷² ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: “Víctimas del terrorismo...*op.cit.*”, p. 7.

Esta relación entre la víctima y el sistema (en este caso concreto, el socio-digital) indudablemente produce una victimización secundaria, lo que no sólo agrava el daño psicológico sino que contribuye a “cronificar” las secuelas psicológicas¹⁹⁷³. El tratamiento psicológico recomendado en víctimas de atentados precisamente aboga, en un primer momento, por limitar y programar la accesibilidad de información relativa al suceso traumático, según la situación particular, y, posteriormente, en lo que respecta al proceso de recuperación (lo que se ha venido llamando “labor o tratamiento terapéutico para superar el trauma”¹⁹⁷⁴), por un “reprocesamiento” para reestablecer un equilibrio lo más similar al estado previo al trauma¹⁹⁷⁵. De hecho, este tipo de tratamiento no sólo busca superar el trauma sino, a través de un enfoque integral, reforzar a la persona psicológica y emocionalmente¹⁹⁷⁶. La memoria perpetua de la Red impide la capacidad de olvidar sucesos traumáticos y hace de la recuperación un verdadero desafío. Por ello, recordemos que el derecho al olvido busca idéntico efecto al tratamiento terapéutico supracitado: pretende retornar y reforzar el control propio sobre la información de carácter personal y sobre un pasado que no queremos que siga entrometiéndose en el presente.

Entendemos que determinados sucesos extremadamente violentos pueden revestir una indudable relevancia pública; el caso de un atentado terrorista es evidencia de ello, pero, en acertadísimas palabras de Pouso Torres, “*porque la noticia goce de interés informativo no significa que también lo tenga la imagen de un cuerpo sin vida o herido que yace sobre el asfalto*”¹⁹⁷⁷. En Europa han sido numerosos los atentados terroristas de la última década¹⁹⁷⁸. Por desgracia, y sin contar su desafortunada experiencia con el terrorismo interno liderado por el grupo armado separatista ETA, España debutó como el primer Estado europeo que sufrió un atentado terrorista tras la entrada del nuevo siglo, tras los atentados yihadistas en los trenes de Cercanías de Madrid el 11 de marzo de 2004 (conocido como el 11M), que, por su evidente interés general, tuvo extensa cobertura mediática. Por citar un ejemplo reciente, en el caso de España, tras los atentados de agosto

¹⁹⁷³ *Id.* p. 6.

¹⁹⁷⁴ *Id.*, p. 366.

¹⁹⁷⁵ *Id.*, p. 371.

¹⁹⁷⁶ *Id.*, p. 372.

¹⁹⁷⁷ POUSO TORRES, E.: “El tratamiento de la imagen en los atentados de ETA. Terrorismo y fotografía en la prensa”, en MANCINAS CHÁVEZ, R. (Coord.) *Comunicación y Desarrollo Social: Actas del I Congreso Internacional Comunicación y pensamiento*, 2016, p.771.

¹⁹⁷⁸ Por nombrar algunos de los más recientes y letales recordemos en 2015 el de París, en 2016 los de Bruselas (el cual me pilló en la misma manzana realizando mi pasantía en la Comisión Europea), Niza y Berlín, y en 2017 los de Manchester y Barcelona.

2017 en Cataluña (coloquialmente conocido como el 17A) se reabrió el debate acerca de la publicación y difusión de información personal, concretamente imágenes y nombres, de las víctimas (16 personas muertas y cerca de 140 heridas) y de los autores de este devastador e injustificable suceso.

Sin entrar en el debate acerca del llamado “efecto espectador”¹⁹⁷⁹, y dado que, hasta ahora, este tema parece haberse redirigido como cuestiones propias de la ética y deontología profesional de los periodistas¹⁹⁸⁰, nos centraremos en las preguntas suscitadas, a nivel jurídico, acerca del propio tratamiento de los datos personales por parte de estos¹⁹⁸¹ y del público en general en este tipo de situaciones catastróficas. Esto se justifica no sólo por las serias injerencias que ello trae consigo en los derechos personalísimos tales como el honor, la intimidad y la propia imagen, sino también, estrictamente bajo el prisma de la regulación de protección de datos, por su incumplimiento con las exigencias y garantías previstas en la normativa europea y española aplicable.

En el caso del 11M, resulta interesante traer a colación el caso de una de sus víctimas que quedó en estado neurovegetativo y cuyos datos de carácter personal (fotografías, información relativa a su vida personal y profesional e incluso categorías especialmente sensibles de datos como era su situación clínica) fue utilizada, sin mediar ningún tipo de consentimiento, en un reportaje, en honor al tercer aniversario del atentado, publicado en el suplemento dominical de un periódico¹⁹⁸². Tras apelarse la sentencia de primera instancia desestimatoria a varias instancias judiciales, el TS acertadamente concluyó que si bien el reportaje tenía indudable interés público, poniendo en conocimiento las graves

¹⁹⁷⁹ Entendida como esa prevalencia por difundir imágenes o video en vivo y en directo de lo ocurrido como primera respuesta en vez de ayudar a las víctimas del entorno o dirigirse a un lugar seguro.

¹⁹⁸⁰ ALCALÁ, F., ALSIUS, S. y SALGADO, F.: “El uso de imágenes de personas muertas en la televisión y en otros medios de comunicación. La opinión de los periodistas en Cataluña”, *Quaderns del CAC*, núm. 33 (diciembre), 2009, pp. 109-117; y, más recientemente, RIVAS DE ROCA GARCÍA, R.: “Ética para las imágenes periodísticas: estudio de las portadas de El País y El Mundo en el atentado de Charlie Hebdo”, *Ambitos: Revista Internacional de Comunicación*, núm. 30, 2015, pp. 1-19.

¹⁹⁸¹ No es, ni mucho menos, una pregunta novedosa, pues desde tiempos inmemoriales, en el ámbito periodístico, ha existido el debate acerca de qué tipo de imágenes se pueden difundir en un medio de comunicación. Lo que sí ha cambiado, en los últimos años es el ascenso del llamado ‘periodismo ciudadano’, pues con el auge de las redes sociales y las libertades informativas en la Red, esta práctica se ha extendido al resto de la población. Como han venido diciendo algunos: “*El eterno debate de las aulas de periodismo del mundo que intenta delimitar la barrera de la libertad en el derecho de informar y la sensibilidad acerca de las víctimas mortales y heridas de estos acontecimientos*”. Vid. RODRÍGUEZ, A.: “Publicar o no publicar, el eterno debate de las imágenes con víctimas de atentados”, *Hipertextual: Sociedad*, 2017. Disponible en: <https://hipertextual.com/2017/08/etica-imagenes>

¹⁹⁸² STS (Sala de lo Civil) núm. 478/2014 de 2 de octubre de 2015.

secuelas para las víctimas del atentado, y obteniendo las víctimas una “relevancia pública sobrevenida”, dadas las circunstancias personales de la víctima y la fatal de autorización o consentimiento de divulgar información personal y sensible, el interés público y el derecho a la información no prevalecían sobre el derecho a la intimidad (y nosotros añadiríamos el derecho a la protección de datos). En el caso del 17A, en efecto, no sólo encontrábamos cómo ciudadanos y periodistas, por igual, difundían, en contra de las peticiones y directrices de las fuerzas y cuerpos de seguridad¹⁹⁸³, imágenes en vivo y en directo en las redes sociales y medios de prensa de los dispositivos policiales y de las víctimas mortales atropelladas, sino que además se hacía sin consideración alguna por minimizar u ocultar la identidad de las mismas: *“la crítica ante el hecho de que las imágenes publicadas no estuviesen pixeladas respetando la identidad de las víctimas. Otros, simplemente, condenan el uso de cualquier imagen en la que aparezcan víctimas mortales”*¹⁹⁸⁴.

Recordemos que, al menos en el caso español, los derechos personalísimos mayoritariamente afectados por la difusión de información acerca de las víctimas de atentados terroristas están reconocidos en el art. 18.1 CE y quedan desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (“LOPHII”, en adelante). Es bien conocido en la disciplina de nuestro Derecho Constitucional, al igual que en el caso europeo, que son tres derechos distintos e independientes¹⁹⁸⁵. Sin embargo, a pesar de su carácter autónomo e independiente, la práctica jurisprudencial nos demuestra que, en muchas ocasiones, sobre todo cuando hablamos de sucesos traumáticos de relevancia pública o con interés informativo, pueden verse vulnerados simultáneamente en el contexto del ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, especialmente, por ejemplo, a través de los medios de comunicación y las redes sociales.

¹⁹⁸³ Recordemos los repetidos tuits virales de la Policía Nacional: “Por respeto a las víctimas y a sus familias, por favor, NO compartas imágenes de heridos en atropello de #Ramblas de Barcelona”; y “Si estás en las #Ramblas evita transitar por la zona, permanece en zona segura y facilita el trabajo de la Policía. ¡NO difundas imágenes!”. Disponibles en: <https://twitter.com/policia/status/898209070993338368?lang=en> y <https://twitter.com/policia/status/898217291372007424?lang=en>

¹⁹⁸⁴ *Id.*

¹⁹⁸⁵ STC 14/2003 de 28 de enero de 2003 (FJ 4): *“a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás”*.

Brevemente, ya que se han invocado estos derechos especialmente a favor de las víctimas de los atentados terroristas (y, por ende, en contra de la difusión de sus imágenes y nombres en las redes sociales y los medios de comunicación)¹⁹⁸⁶, haremos unos apuntes sobre cada uno de ellos en el ordenamiento jurídico español. Los tres derechos supracitados son derechos fundamentales personalísimos, y por ende, derechos subjetivos, siendo la persona sujeto activo o titular de los mismos. Sin entrar en la teoría dogmática constitucional sobre la titularidad de los derechos fundamentales, sí que resulta conveniente recordar que si bien los derechos fundamentales en general se adquieren por la personalidad jurídica tras el nacimiento y suelen extinguirse con la muerte, estos tres derechos tienen eficacia *post-mortem*; ello ha sido desarrollado por la propia LOPHII, la LODR y por el TC, quedando legitimados los herederos (la llamada “personalidad pretérita”¹⁹⁸⁷ con respecto a la “memoria defuncti”¹⁹⁸⁸) o el Ministerio Fiscal, en determinadas ocasiones, para entablar acciones civiles e interponer, una vez agotada la vía ordinaria, el recurso de amparo, en caso de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, intimidad o propia imagen¹⁹⁸⁹.

Recordemos que el derecho al honor, si bien es un derecho íntimamente ligado a la dignidad y personalidad, tiene una clara dimensión interna y externa¹⁹⁹⁰, y es un concepto jurídico que depende, en parte, de las normas y valores sociales del momento, por lo que su nivel de protección tiene cierto “margen de imprecisión”¹⁹⁹¹. No obstante, la praxis jurisprudencial ha tendido a fallar a favor de los afectados, limitando las libertades

¹⁹⁸⁶ Vid. RODRÍGUEZ, A.: “Publicar o no publicar...*op.cit.*”; FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, J.: “La fotografía en la prensa: análisis comparativo del tratamiento de las imágenes de los terremotos de Haití (2010) y de Japón (2011) en la prensa española”, *adComunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, núm. 6, 2013, pp. 189-204; y POUSO TORRES, E.: *El derecho a la intimidad en la prensa española. Análisis del tratamiento fotográfico en la información de tragedias*, Tesis Doctoral Universidad de Vigo, Vigo, 2016.

¹⁹⁸⁷ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016, pp. 201-238; y COBAS COBIELLA, M.E.: “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, *Revista bolivariana de derecho*, núm.15, 2013, pp. 112-129.

¹⁹⁸⁸ RAMOS GUTIÉRREZ, M.: *La protección de la memoria defuncti*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.

¹⁹⁸⁹ Vid. art. 4 de la LOPHII, las SSTC 171/1990 de 12 de noviembre, 172/1990 de 12 de noviembre y 190/1996 de 25 de noviembre. Análisis más amplio sobre el tema lo encontramos en FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008.

¹⁹⁹⁰ Si entendemos el honor como la dignidad personal que se ve reflejada en lo que uno siente o piensa de sí mismo y cómo otros nos consideran (*vid* STS del 10 de diciembre de 2018), la dimensión externa se materializa en función de la fama, reputación y las apreciaciones que otros tienen sobre uno (*vid*. STC 223/1992 de 14 diciembre), y la dimensión interna se materializa en cómo nos percibimos a nosotros mismos (*vid*. STC 85/1992 de 8 de junio).

¹⁹⁹¹ STC 46/2002 de 25 de febrero de 2002 (FJ 6).

informativas, cuando la difusión de información relativa a la persona es falsa o existe una negligencia grave en cuanto a la averiguación de su veracidad¹⁹⁹², cuando puede tener una afectación grave a la dimensión interna o externa del derecho fundamental al honor, o cuando no existe relevancia pública, interés o utilidad social en la información divulgada¹⁹⁹³. Precisamente estas últimas dos justificaciones permitirían sobrepasar la famosa excepción periodística; en cualquier caso, recuérdese que nuestra jurisprudencia constitucional (en particular, STC 197/1991, de 17 de octubre) ha establecido que la excepción de verdad (*exceptio veritatis*), si bien tiene trascendencia con relación al derecho al honor, carece de virtualidad cuando se halla en juego la intimidad personal y familiar¹⁹⁹⁴. Si bien las imágenes controvertidas se captan en vía pública y existe un claro interés en transmitir información y recibir información acerca de un hecho tan significativo como un atentado terrorista, ello no justifica automáticamente cualquier tipo de intromisión, y cabe conciliar el tipo de información transmitida con la dignidad de las víctimas (tanto de las primarias -los muertos y heridos- como secundarias -los familiares de las mismas-). Es evidente que ciertas imágenes no tienen valor informativo alguno, a pesar de realizarse en vía pública y en el contexto de situaciones de interés social, sino más bien parecen responder a la satisfacción de intereses nocivos como es el morbo. Existe una parte de la doctrina que diferencia, en lo que a imágenes se refiere, aquellas en las que se puede identificar claramente a las víctimas y las que no, siendo estas últimas legítimas para difundir por los medios de comunicación y las redes sociales pues tienen el objetivo de informar sobre el estado de la tragedia, rindiendo homenaje el proverbio ‘una imagen vale más que mil palabras’:

¹⁹⁹² Vid, por todas, STC 6/1988 de 21 de enero de 1988: “[la veracidad de la información transmitida] no como una exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, de modo que puedan quedar exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, sino en el sentido que **se debe privar de esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contrastación o meras invenciones o insinuaciones [...] viene a suponer es que el informador, si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1 d) de la Constitución Española, tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible**” (énfasis nuestro).

¹⁹⁹³ Vid., por todas, SSTC 6/1988 de 21 de enero, 28/1996 de 26 de febrero, 154/1999 de 14 de septiembre y 46/2002 de 25 de febrero.

¹⁹⁹⁴ Según la STC 197/1991 de 17 de octubre (caso “Sara Montiel”), FJ 3º: “Desde la perspectiva estricta del honor, y teniendo en cuenta la excepción de veracidad, podrían ser aceptables los argumentos de los recurrentes. (...) Sin embargo, esa línea de argumentación no es la procedente en este caso. (...) El derecho a la intimidad personal del art. 18 C.E. está estrictamente vinculado a la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E.. (...) **En cuanto el derecho afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta aquí legitimadora, pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces**” (énfasis nuestro).

“Así, la publicación de primeros planos de una herida o de un cuerpo destrozado parecen responder exclusivamente a un interés morboso que no aporta nada nuevo a la publicación. No pueden venir legitimados por el derecho a informar y recibir información. Por el otro lado, la publicación de imágenes en las que se aprecia a numerosas personas en el suelo, o atendidas por los servicios de asistencia, sin que ninguna de ellas resulte especialmente identificable, no daña los derechos de ninguna víctima concreta y –en cambio- permite a la sociedad entender con fundamento la dimensión de la tragedia y del daño causado [...] aportan información sobre los efectos reales del atropello. Gracias a esas fotos uno puede hacerse una idea cabal de lo sucedido [...] En cambio, la difusión del rostro desfigurado de un terrorista muerto por los disparos de la policía, no tiene ninguna justificación ética ni jurídica. No aporta realmente ningún dato nuevo al hecho mismo de esa muerte y sus circunstancias y, en cambio, puede dañar derechos de su familia, que también los tiene, evidentemente”¹⁹⁹⁵.

Con respecto al derecho a la intimidad, recordemos que esta es la esfera más reservada de la persona y, como parte del núcleo más íntimo de la dignidad se convierte en una facultad de exclusión a terceros a conocer o entrometerse en asuntos privados o a difundir de manera ilegítima información, sea de índole personal o familiar, incluso para aquellos más expuestos al público¹⁹⁹⁶. En tal sentido, cabe traer a colación las conclusiones del TC en el caso Paquirri, en el que imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros y su posterior tratamiento de urgencias en el servicio de Enfermería de la misma llegaron a los medios de comunicación:

“[...] carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse

¹⁹⁹⁵ URÍAS, J.: “Publicar fotos de muertos y heridos”, *Al revés y al derecho*, 04-09-2017. Disponible en: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5018>

¹⁹⁹⁶ *Vid.* la exégesis jurisprudencial originaria en esta materia en SSTC 110/1984 de 26 de noviembre, 231/1988 de 2 de diciembre, 197/1991 de 17 de octubre y 134/1999 de 15 de julio (al que el TC llamó un derecho a un núcleo inaccesible de confidencialidad). Sobre el giro jurisprudencial de elevar la intimidad como valor superior a proteger frente a las libertades informativas incluso en casos de aquellos más expuestos al público, *vid.* SSTC 192/1999 de 25 de octubre y 115/2000 de 5 de mayo, en la que sí que se apuntaba que los personajes públicos tienen que soportar un umbral más alto de escrutinio público, y por ende, puede disfrutar de un derecho a la intimidad más limitado que un ciudadano común (sobre todo si la información está directamente relacionadas con el ejercicio de sus funciones o posición pública o si la difusión sobre la misma satisficiera un interés público). No obstante, el TC también ha llegado a decir que la satisfacción de la curiosidad pública no equivale al interés público.

que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares”¹⁹⁹⁷.

En efecto, no cabía duda que la difusión, sin el consentimiento del afectado o de sus familiares, de la inmortalización gráfica de los tristes y dramáticos momentos vividos antes de su muerte (lo que nuestro máximo interprete generalizó como “los padecimientos y la misma muerte de un individuo”) fue una clara vulneración del principio de dignidad de la persona, y más concretamente, de su materialización en el derecho a la intimidad. Análogamente, la misma interpretación se podría extrapolar a otros sucesos traumáticos como un atentado terrorista o cualquier otro acto extremadamente violento. Y recordemos que el TS también lo ha confirmado con víctimas (no mortales pero sí gravemente lesionadas) de atentados terroristas cuando información personal se ha publicado sin su consentimiento:

“manifestaciones obstativas a que se divulgara la situación personal de su hija, no pueden alterar la prevalencia del derecho a la intimidad frente al derecho de la información. El artículo podía causar el mismo impacto y conseguir la misma finalidad que perseguía, de indudable interés público, sin necesidad de personalizar en una concreta víctima, de la que no se ha recabado el oportuno consentimiento de quienes están a su cuidado”¹⁹⁹⁸.

Como han dicho algunos, resulta alarmante *“la falta de respeto a la intimidad de las personas que han sufrido una desgracia, a pesar de las consecuencias a largo plazo que conlleva la publicación de ciertas fotografías en la recuperación de las víctimas y sus familiares*”¹⁹⁹⁹. Algunos han subrayado que ello se debe a la “rutinización de las prácticas periodísticas”²⁰⁰⁰ en este tipo de situaciones, o en otras palabras, a la “rutina [periodística] del atentado”, que tenía un doble efecto: un sesgo de normalización y, por ende, la pérdida de sensibilización, así como la absoluta carencia de prudencia²⁰⁰¹. Resulta difícil la conciliación de dos intereses encontrados: instantáneas publicadas con el fin de informar a la ciudadanía sobre un suceso devastador y ‘disruptor’ de la convivencia social y el derecho a la intimidad de los protagonistas de las mismas. Sin embargo, la falta de respeto

¹⁹⁹⁷ STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 4).

¹⁹⁹⁸ STS (Sala de lo Civil) 478/2014, de 2 de octubre (FJ 10).

¹⁹⁹⁹ POUOSO TORRES, E.: *El derecho a la intimidad en la prensa...op.cit.*, p.10.

²⁰⁰⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.M.: *Cobertura periodística de situaciones traumáticas: el caso del 11-M español*, Tesis Doctoral de la Universidad de Málaga, Málaga, 2016, p.128.

²⁰⁰¹ *Id.* pp. 129 y 131.

a las víctimas primarias y a sus familiares no tiene otra consecuencia que aumentar su sufrimiento y enquistar más su trauma: así, la sobreexposición, bajo la premisa de las libertades informativas, tiende a dañar psicológicamente a las víctimas y *“su difusión no contribuye a proporcionar más información a la audiencia, sino tan solo a generar una respuesta social más profunda en el público”*²⁰⁰². Si bien únicamente la defensa de un interés público justifica intromisiones o indagaciones sobre aspectos personales o íntimos de una persona sin su previo consentimiento, en el contexto del tratamiento informativo de eventos traumáticos, en el que median elementos de dolor o aflicción en las personas afectadas, como es el caso de los atentados terroristas, no queda justificado, por parte de aquellos titulares de las libertades informativas, la indagación o difusión de imágenes o informaciones innecesarias sobre dichas circunstancias o elementos.

Por todo ello, y siguiendo las pautas hermenéuticas supracitadas, la misma muerte o los padecimientos de una persona, o de sus familiares, deberían ser protegidos frente a intromisiones ilegítimas a momentos íntimos de duelo y desmoralización. Ello no significa que no pueda immortalizarse una imagen simbólica de un suceso tan devastador, pero debe hacerse respetando ese derecho a un núcleo inaccesible de confidencialidad, evitando el uso de un lenguaje morboso, enloquecedor o con *“detalles escabrosos”*²⁰⁰³, así como puestas en escena que pongan en peligro la integridad emocional o dañe la intimidad de las personas implicadas, ya suficientemente traumadas; ejemplos de esto puede ser evitar los primeros planos de cuerpos inertes, planos cortos de heridos o los rostros de terror, incredulidad o *shock* de familiares o personas supervivientes, y en general, evitar la identificación de las víctimas, estén muertas, heridas o conmovidas, todo lo cual no tiene otro efecto que el de la *“revictimización de la persona [...] que transgreden su derecho a la intimidad y el honor”*²⁰⁰⁴.

Con todo lo anterior, en lo que se refiere a la protección de la propia imagen en el contexto de eventos traumáticos, existen incluso menos dudas. Anteriormente hemos referenciado aquellos ‘más expuestos al público’. Sí que conviene aquí efectuar una pequeña aclaración puesto que tendríamos que diferenciar los llamados ‘personajes públicos’, ‘personajes notorios’ o aquellos ‘con proyección pública’ (que sí parecen tener que soportar un nivel más elevado de escrutinio y ven limitados sus derechos

²⁰⁰² *Id.*, p. 135.

²⁰⁰³ *Id.*, p. 344.

²⁰⁰⁴ *Id.*, p. 297.

personalísimos por calificarse de interés público²⁰⁰⁵) de aquellas personas privadas que, por circunstancias ajenas a su persona, se encuentran en el centro de un evento con trascendencia pública²⁰⁰⁶. Si bien la jurisprudencia constitucional y europea no le ha otorgado a esta tercera categoría mayor amparo²⁰⁰⁷, sí que vemos conveniente en el caso de sucesos traumatizantes como los supracitados que se proteja la imagen de aquellas personas que adquieren un mero protagonismo circunstancial al verse implicadas en hechos que gozan de relevancia pública²⁰⁰⁸. El derecho fundamental a la propia imagen es, en pocas palabras, el derecho a determinar qué información gráfica generada por los rasgos físicos de la persona puede tener una dimensión pública²⁰⁰⁹. Si bien es cierto que una intromisión ilegítima a este derecho se produce cuando se capta, reproduce, se publica o difunde la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos sin su consentimiento, generalmente se exceptúan supuestos relativos a su captación y difusión en caso de un acontecimiento público o un lugar abierto al público si esta aparece de manera incidental (y no con carácter protagonista), y por ende, no facilita su identificación (“plena reconocibilidad”)²⁰¹⁰. No obstante, en el caso de eventos traumatizantes o sucesos extremadamente violentos precisamente lo que se aprecia es el carácter protagonista y la plena identificación de las víctimas.

El tratamiento de información acerca de acontecimientos traumáticos también tiene una problemática inherente en lo que se refiere al derecho fundamental a la protección de datos, y que, en caso de no prosperar los argumentos supracitados sobre injerencias relativas a los derechos personalísimos, los afectados quedarían efectivamente amparados por los principios del tratamiento de los datos de carácter personal, y, en concreto, por los presupuestos del derecho al olvido. Recordemos que tanto la Directiva policial como el

²⁰⁰⁵ Aunque incluso estos han visto sus derechos personalísimos a la intimidad y a la imagen amparados. *Vid.*, por ejemplo, STS de 31 de octubre.

²⁰⁰⁶ Ello lo distingue el TC español en SSTC 81/1987 de 26 de marzo, 171/1990 de 12 de noviembre y 20/1992 de 14 de febrero.

²⁰⁰⁷ *Vid.*, por todas, SSTC 112/2000 de 5 de mayo y 99/2002 de 6 de mayo, así como la STEDH Karhuvaara y Iltalehti v. Finlandia de 16 de noviembre de 2004 o la STEDH Lindon Otchakovsky-Laurens y July v. Francia de 22 de octubre de 2007.

²⁰⁰⁸ Al igual que aquellos personajes notorios han visto sus derechos personalísimos, a la intimidad y a la propia imagen, amparados cuando injerencias a los mismos no quedaban justificadas bajo el interés público. *Vid.*, en tal sentido, STS de 31 de octubre y STC 19/2014 de 10 de febrero.

²⁰⁰⁹ *Vid.*, por todas, SSTC 81/2001 de 26 de marzo y 139/2001 de 18 de junio.

²⁰¹⁰ En el caso español, *vid.* arts. 7, 8.2 LOPHII, así como la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo (SSTS de 6 de mayo y de 16 de noviembre de 2012). Un estudio jurisprudencial sólido lo encontramos en GARRIDO POLONIO, F.M.: *El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia española. Una perspectiva constitucional*, Tesis Doctoral de la Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, 2015.

RGPD ponen especial hincapié en establecer salvaguardias específicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal de personas especialmente vulnerables²⁰¹¹. Es evidente que el tratamiento de datos de carácter personal es un elemento inherente a la práctica penal cuando los sucesos extremadamente violentos o traumáticos son delictivos y enjuiciables: para realizar justicia y reparar el daño a las víctimas se requiere de un proceso con todas las garantías y, por supuesto, de la recopilación, almacenamiento y transferencia de información de carácter personal de todo tipo.

Por ello, la Directiva policial establece una obligación de distinguir entre diferentes categorías de interesados²⁰¹², de adoptar las medidas técnicas razonables para garantizar la calidad, exactitud y no difusión o puesta a disposición de determinados datos personales²⁰¹³ y de asegurar la protección de datos especialmente sensibles como aquellos dirigidos a identificar de manera inequívoca a la persona²⁰¹⁴. Concretamente en el caso del ámbito policial y judicial, al igual que en el caso genérico del tratamiento de datos personales²⁰¹⁵, se reconoce un derecho al olvido, es decir, un derecho a solicitar la supresión de datos de carácter personal cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recabados, cuando fueran tratados de manera ilícita, cuando fueran excesivos o inadecuados o cuando categorías especiales de datos fueran tratadas sin necesidad²⁰¹⁶. En caso de que fuera necesario el tratamiento pero hubiera dudas sobre la exactitud de los mismos o tuvieran que almacenarse a meros efectos probatorios, se podrá, alternativamente, solicitar la limitación de dicho tratamiento²⁰¹⁷.

No obstante, como hemos argumentado en más de una ocasión, el problema inherente al tratamiento de datos de carácter personal para este colectivo, como otros, no es tanto el efectuado en un ámbito concreto con marcada justificación, como es el tratamiento de datos en el ámbito judicial, sino aquel que se desarrolla en el ámbito socio-digital. En este, las personas, sean personas físicas o jurídicas, comparten información y plasman sus opiniones en la Red sobre sucesos de interés social, incluidos los traumáticos o morbosos. La memoria perpetua de la Red, caracterizada por mantenerlo todo disponible con sólo apretar un botón, impide, para aquellos que son protagonistas de la noticia, del tuit o foto

²⁰¹¹ *Vid.* Considerandos 50 y 51 de la Directiva policial y Considerando 75 del RGPD.

²⁰¹² *Vid.* art. 6 de la Directiva policial.

²⁰¹³ *Vid.* Considerando 31 y art. 7 de la Directiva policial.

²⁰¹⁴ *Vid.* art. 10 de la Directiva policial.

²⁰¹⁵ Recordemos el Considerando 65 y el art. 17 del RGPD ya estudiados.

²⁰¹⁶ *Vid.* art. 16.2 de la Directiva policial.

²⁰¹⁷ *Vid.* art. 16.3 de la Directiva policial.

viral (o sus familiares en caso de fallecimiento) la capacidad de disociarse (en ese momento y para la posterioridad) de la experiencia traumática en la que se han visto envueltos, y por ende, imposibilita su recuperación.

Por ello, recordemos que el derecho al olvido digital, reconocido en el art. 17 RGPD, busca idéntico efecto al tratamiento terapéutico recomendado para víctimas de sucesos violentos o traumáticos: la supresión del recuerdo o la memoria y el reforzamiento del control individual sobre la información de carácter personal que es innecesaria o que ha devenido obsoleta con el paso del tiempo. El derecho al olvido digital (lo que repetidamente hemos llamado el derecho a la re-contextualización digital), se ofrecería como mecanismo que permite la desvinculación o desindexación de enlaces y datos personales, y por ende también esa imprescindible desvinculación con las experiencias traumáticas, haciendo la tarea de rehabilitación más efectiva. Recordemos que lo atractivo del derecho al olvido digital, frente al derecho de supresión, es que precisamente respeta las libertades informativas en tanto en cuanto no afecta a la fuente original, sino que simplemente hace la tarea de encontrar dicha información más difícil en la era del perfeccionamiento de los motores de búsqueda. Las vivencias de las víctimas de violencia se reducen, para el resto del mundo, a hechos del pasado, y si bien ‘hechos pasados’ son, la percepción de los mismos y su accesibilidad deberían poder modularse en función de una serie de criterios como el paso del tiempo, la irrelevancia de la información para el interés público, así como el interés superior de aquellas personas que han padecido los efectos nefastos de la violencia y el trauma; sean estas las víctimas primarias supervivientes o los familiares de las víctimas mortales²⁰¹⁸.

²⁰¹⁸ Sobre este último punto, recordemos que si bien los derechos y deberes que establece el RGPD no es aplicable al tratamiento o a la protección de los datos personales de las personas fallecidas, ha dejado, no obstante, una clausula abierta y absoluto margen de apreciación para que los Estados miembros legislen y desarrollen esta cuestión, lo cual sí que ha ocurrido en el caso español. Recordemos que el art. 3 LOPDGDD establece que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, entre otras (de similar manera a la legitimación o personalidad pretérita de los familiares en el caso de injerencias a los derechos personalísimos al honor, intimidad y propia imagen), podrán, en su nombre, solicitar el derecho al olvido (como derecho de supresión), que entendemos también incluye su faceta de derecho a la re-contextualización digital en el ámbito de la Red.

B. Víctimas de ciberacoso

En el caso de las víctimas de ciberacoso, el desarrollo de las NTIC y el perfeccionamiento de la interoperabilidad de la Red y de los motores de búsqueda no sólo han comportado la aparición de nuevas formas de violencia, sino que también han servido de cauce para la proliferación y agudización de sus formas más clásicas. Nos encontramos con una multitud variada de potenciales manifestaciones de este comportamiento trasladado al mundo digital: desde insultos, chistes o rumores publicados y diseminados en la Red, revelación y difusión de fotos comprometidas, robo de contraseñas y usurpación de la identidad hasta la exclusión o intimidación en las redes o aplicaciones de telefonía móvil²⁰¹⁹. Las ventajas que proporcionan los avances tecnodigitales para las libertades informativas y el progreso económico devienen amenazas para los derechos personalísimos cuando se trata de la difusión, accesibilidad inmediata y perpetuidad de información de carácter personal, como consecuencia de un acto jocoso, de venganza, amenaza o persecución. Como sostiene Aberasturi:

*“información sobre alguien publicada en un determinado momento y contexto, puede perdurar en el tiempo de manera que será fácilmente accesible para los usuarios de la red años después y puede generar unos perjuicios referentes a los derechos como el honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de datos de carácter personal como el caso del ciberacoso”*²⁰²⁰.

La ‘viralización’ de contenidos en línea (en su mayoría divulgación de datos de carácter personal) tiende a realizarse sin el consentimiento de la persona afectada, con el ánimo de causar un daño (sea emocional, reputacional o económico) y siempre implica un desequilibrio de poder entre la persona que acosa y su víctima; sea porque la primera goza de anonimato o porque la segunda ha perdido toda capacidad de control sobre la información vertida en la Red que le concierne. Así, otro grupo en situación de especial vulnerabilidad, en lo que se refiere al trauma producido por el tratamiento inadecuado de información de carácter personal, su difusión masiva y accesibilidad inmediata son las

²⁰¹⁹ Existen numerosos estudios de estudios sobre la materialización de estos comportamientos en el contexto del ciberacoso. *Vid.*, en el caso español, ESTÉVEZ, A., VILLARDÓN, L., CALVETE, E., PADILLA, P. y ORUE, I.: “Adolescentes víctimas de cyberbullying: Prevalencia y características”, *Psicología Conductual*, Vol. 18, núm. 1, 2010, pp. 73-89; y más recientemente, RODRÍGUEZ, C., MARTÍNEZ-PECINO, R., y DURÁN, M.: “Ciberacoso en la adolescencia y revelación de las agresiones”, *Apuntes de Psicología*, Vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 95-102.

²⁰²⁰ ABERASTURI GORRIÑO, U.: “Derecho a ser olvidado en internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre del 2015”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 175, 2016, p. 259.

víctimas de ciberbullying, acoso virtual, acoso telemático, acoso cibernético, o, como hemos decidido calificarlo en este trabajo, ciberacoso.

Las causas más citadas de la proliferación del ciberacoso son, a grandes rasgos: la casi universal disponibilidad de las NTIC, la creciente importancia que ha adquirido la Red como espacio de información, participación y sociabilización, la ampliación de los umbrales de la tolerancia pública ante la intromisión en la esfera privada y personal, la falta de concienciación de los efectos de las conductas en línea, el menosprecio del daño en situaciones de acoso que no se produce ‘cara a cara’, y, por supuesto, como ya hemos mencionado con anterioridad, la difusión inmediata, ilimitada y descontextualizada de contenidos en la Red. A día de hoy sigue sin existir una definición inequívoca de lo que constituye ciberacoso²⁰²¹, en parte debido a la confusión terminológica derivada de la multiplicidad de denominaciones y perspectivas del fenómeno²⁰²², lo que explica por qué generalmente se le ha calificado como un concepto multifacético²⁰²³.

Bien avanzados en la revolucionada “Galaxia de Gutenberg”²⁰²⁴, un primer planteamiento propuesto fue extender la noción y definición del acoso tradicional (que se regía por la intencionalidad, agresividad y repetición de un acto, así como por el desequilibrio de poder entre los sujetos implicados) al ámbito virtual²⁰²⁵. En tal sentido, algunos autores lo han definido, en sentido muy amplio, como “*un conjunto de comportamientos mediante los cuales una persona, un conjunto de ellas o una*

²⁰²¹ Así lo han puesto de manifiesto expertos en la materia tras un análisis cualitativo de la cuestión. Vid., OLWEUS, D., y LIMBER, S. P.: “Some problems with cyberbullying research”, *Current Opinion in Psychology*, Vol. 19, 2018, p. 139; y ÁLVAREZ-GARCÍA, D., NÚÑEZ, J.C., ÁLVAREZ, L., DOBARRO, A., RODRÍGUEZ, C., y GONZÁLEZ-CASTRO, P.: “Violencia a través de las tecnologías...*op. cit.*,”

²⁰²² LUCAS-MOLINA, B., PÉREZ-ALBÉNIZ, A., y GIMÉNEZ-DASÍ, M.: “La evaluación del cyberbullying: situación actual y retos futuros”, *Papeles del Psicólogo*, 2016. Vol. 37, núm. 1, p. 27.

²⁰²³ ALIPAN, A., SKUES, J.L., THEILER, S., y WISE, L.: “Defining Cyberbullying: a Multifaceted Definition Based on the Perspectives of Emerging Adults”, *International Journal of Bullying Prevention*, 2019, p. 10.

²⁰²⁴ OVEJERO, A., YUBERO, S., LARRAÑAGA, E. y MORAL, M.V.: “Cyberbullying: Definitions and Facts from a Psychosocial Perspective”, en NAVARRO, R., YUBERO, S. y LARRAÑAGA, E. (Eds) *Cyberbullying Across the Globe. Gender, Family, and Mental Health*, Springer, Cham, 2016, pp. 1-31.

²⁰²⁵ Estos parecen ser los elementos o características principales de la definición según la doctrina. Vid., por todos, SHARIFF, S. y HOFF, D.L.: “Cyber bullying: Clarifying legal boundaries for school supervision in cyberspace”, *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 76-118; MORAMERCHÁN, J.A.: “Cyberbullying: un nuevo reto para la convivencia en nuestras escuelas”, *Informació Psicològica*, núm. 94, 2008, pp. 60-70; OLWEUS D.: “School bullying: Development and some important challenges”, *Annual Review of Clinical Psychology*, Vol. 9, 2013; pp. 751-780; y, más recientemente, AVILÉS, J.M.: “Análisis psicosocial del ciberbullying: claves para una educación moral”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 34, núm. 1, 2013, pp. 65-73; OLWEUS, D., y LIMBER, S. P.: “Some problems with cyberbullyingresearch”, *Current Opinion in Psychology*, Vol. 19, 2018, p. 139; y SMITH, P. K.: “Research on Cyberbullying: Strengths and Limitations” en VANDEBOSCH, H. y GREEN, L. (Eds) *Narratives in Research and Interventions on Cyberbullying among Young People*, Springer, Cham, 2019, pp. 9-27.

organización usan las Tic's para hostigar a una o más personas”²⁰²⁶. Otros han preferido definir el ciberacoso como un acto o comportamiento agresivo, repetitivo, por vía electrónica, contra alguien que no puede fácilmente defenderse²⁰²⁷. De manera similar, otros la han concretado como el acoso ejercido a través de medios electrónicos²⁰²⁸, o “mediante plataformas virtuales y herramientas tecnológicas”²⁰²⁹ con el fin de causar un daño o un perjuicio²⁰³⁰. Cabe realizar tres críticas respecto a las definiciones genéricas comúnmente aceptadas de esta nueva categoría de maltrato socio-digital (*social cruelty*)²⁰³¹ o maltrato a través de las NTIC. Por un lado, si bien su conceptualización ha pretendido perfilar una descripción objetiva del fenómeno, siempre se ha tendido a definirlo desde la perspectiva del autor de esta práctica nociva (y no, por ejemplo, desde la perspectiva de la víctima)²⁰³².

Por otro lado, si bien se puede adaptar la definición de ciberacoso simplemente añadiendo el componente tecnológico a la definición de acoso tradicional, conviene resaltar que existen importantes diferencias entre ambas realidades. Por ejemplo, la repetición como elemento objetivo de la definición quizás debería suprimirse o concretarse en tanto en cuanto, en el contexto virtual, un acto de acoso puede plasmarse

²⁰²⁶ Así resume Verdejo Espinosa la definición de Bocij y McFarlane. Vid. VERDEJO ESPINOSA, M.A.: “Redes sociales y ciberacoso”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 35. Vid., también RASKAUSKAS J. y STOLTZ A.D.: “Involvement in traditional and electronic bullying among adolescents”, *Developmental Psychology*, Vol. 43, núm. 3, 2007, p. 565.

²⁰²⁷ SMITH, P. K., MAHDAVI, J. M., FISHER, S., RUSSELL, S., y TIPPETT, N.: “Cyberbullying: Its nature and impact in secondary school pupils”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, Vol. 49, núm. 4, 2008, p. 376; SLONJE, R., SMITH, P. K., y FRISÉN, A.: “The nature of cyberbullying, and strategies for prevention”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 29, núm. 1, 2013, p. 26; y LUCAS-MOLINA, B., PÉREZ-ALBÉNIZ, A., y GIMÉNEZ-DASÍ, M.: “La evaluación del cyberbullying...*op.cit.*”, p. 27.

²⁰²⁸ CALMAESTRA, J., DEL REY, R., ORTEGA, R. y MORA-MERCHÁN, J.: “Introduction to cyberbullying” en MCGUCKIN, C., JÄGER, T. y CROWLEY, N. (Eds.), *Taking Action Against Cyberbullying. Training Manual*. Disponible en: <http://www.cybertraining-project.org/book>

²⁰²⁹ LOMBARDEO CALZÓN, R.: “Ciberacoso: enemigo invisible. Nuevos retos que afrontar”, en MOLERO, M.M., PÉREZ-FUENTES, M.C., GÁZQUEZ, J.J., BARRAGÁN, A.B., MARTOS, A., y SIMÓN, M.M (Coords) *Intervención en contextos clínicos y de la salud*, ASUNIVEP, Almería, 2016, p. 251.

²⁰³⁰ ÁLVAREZ-GARCÍA, D., NÚÑEZ, J.C., ÁLVAREZ, L., DOBARRO, A., RODRÍGUEZ, C., y GONZÁLEZ-CASTRO, P.: “Violencia a través de las tecnologías de la información y la comunicación en estudiantes de secundaria”, *Anales de Psicología*, Vol. 27, núm. 1, 2011, pp. 221-231. Meseguer González, por ejemplo, ha hecho especial hincapié en la intencionalidad del ciberacosador: “busca mediante medios telemáticos crear una atmósfera de odio [...] que provoque su derrumbe moral”. Vid. MESEGUER GONZÁLEZ, J.D.: “Tratamiento y protección penal contra el ciberacoso escolar o cyberbullying”, *ElDerecho*, 17-12-2012. Disponible en: <https://elderecho.com/tratamiento-y-proteccion-penal-contra-el-ciberacoso-escolar-o-cyberbullying>

²⁰³¹ ENGLANDER, E., DONNERSTEIN, E., KOWALSKI, R., LIN, C.A., y PARTI, K.: “Defining Cyberbullying”, *Pediatrics*, Vol. 140, núm. 2, 2017, p. 148.

²⁰³² LUCAS-MOLINA, B., PÉREZ-ALBÉNIZ, A., y GIMÉNEZ-DASÍ, M.: “La evaluación del cyberbullying...*op.cit.*”, p. 28.

perfectamente a través de un acto aislado de un autor (a saber, una única publicación -de un comentario o una fotografía- en las redes sociales), pero debido al medio utilizado y la realidad socio-digital actual, se ‘megustea’, se guarda y se comparte, por otros individuos de manera ilimitada y sin fronteras, difundiéndose y dejando una huella indeleble en infinitos recovecos digitales: esto ha sido denominado por algunos autores, en el contexto del acoso cibernético, el “ciclo de repetición de la agresión original”²⁰³³. Otro ejemplo comúnmente citado es el relativo al desequilibrio de poder²⁰³⁴. Resulta mucho más fácil valorar el desequilibrio de poder en la práctica tradicional del acoso: “bien por la mayor fortaleza física o psicológica del agresor o por un criterio meramente numérico (varios agresores en comparación con una sola víctima)”²⁰³⁵, cosa que deviene más difícil de apreciar en el contexto virtual. No sólo hay diferencias en lo concerniente al carácter público frente al carácter privado del acoso *online* frente al *offline*²⁰³⁶, sino que también existen importantes diferencias en cuanto al tipo de poder ejercido: mientras que en el acoso tradicional el desequilibrio de poder se suele establecer en una interacción directa basada en la fuerza o intimidación, en el supuesto que nos interesa, este tiende a materializarse tanto en el abuso de la “pericia tecnológica”²⁰³⁷ (entendida como mayor conocimiento y habilidades en el uso de las tecnologías digitales), como en el abuso del anonimato y de la carga propulsora de información y datos que caracterizan a la Red de Internet.

Por último, cabe al menos apuntar que la mayoría de la doctrina científica ha excluido expresamente a los adultos de la definición de este constructo²⁰³⁸, ciñéndose únicamente en los niños o adolescentes como autores y víctimas de este fenómeno, y, por ende, de su

²⁰³³ ALIPAN, A., SKUES, J.L., THEILER, S., y WISE, L.: “Defining Cyberbullying: a Multifaceted Definition Based on the Perspectives of Emerging Adults”, *International Journal of Bullying Prevention*, Vol. 1, 2019, p. 1.

²⁰³⁴ GRIEZEL, L., FINGER, L. R., BODKIN-ANDREWS, G., CRAVEN, R. G., y YEUNG, A. S.: “Uncovering the structure of and gender and developmental differences in cyber bullying”, *Journal of Educational Research*, Vol. 105, núm. 6, 2012, pp. 442-455; y MISHNA, F.: *Bullying. A Guide to Research, Intervention and Prevention*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

²⁰³⁵ LUCAS-MOLINA, B., PÉREZ-ALBÉNIZ, A., y GIMÉNEZ-DASÍ, M.: “La evaluación del cyberbullying...*op.cit.*”, p. 28.

²⁰³⁶ *Id.*: “El acoso tradicional se limita básicamente al tiempo que el alumno víctima pasa en el entorno escolar y sus inmediaciones; en el cyberbullying, sin embargo, el acoso puede continuar las 24 horas del día durante los 7 días de la semana esté o no el alumno en el centro educativo, pues puede seguir recibiendo mensajes en su móvil u ordenador”.

²⁰³⁷ GARAIGORDOBIL, M.: “Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión”, *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, Vol. 11, núm. 2, 2011, p. 236.

²⁰³⁸ Gairagordobil, que hace una revisión sistemática de la bibliografía hasta la fecha, pone de manifiesto que las definiciones de todos los autores estudiados corroboran que “Tiene que haber menores en ambos extremos del ataque para que se considere CB [cyberbullying]: si hay algún adulto, entonces no es CB”. *Vid.*, GARAIGORDOBIL, M.: “Prevalencia y consecuencias del cyberbullying...*op.cit.*”, p. 235.

definición, lo cual no compartimos. Si bien las estadísticas demuestran que los principales afectados en la UE son los menores²⁰³⁹, no podemos excluir a la población adulta, que, desafortunadamente también participa y se ve implicada en estas prácticas nocivas²⁰⁴⁰, principal, aunque no exclusivamente, en el ámbito laboral, el cual ha sido objeto de intenso examen mediático en los últimos años²⁰⁴¹. En efecto, el uso activo o pasivo de las NTIC, en general, y la Red de Internet, en particular, no sólo es un hábito común en la totalidad de la población, sino que implica, “*en cierta medida un grado de inseguridad para cualquier persona con independencia de su edad, pues no siempre se llegan a disponer de los conocimientos necesarios y las estrategias pertinentes para reducir los riesgos*”²⁰⁴². Por todo lo anterior, preferimos enfocar la conceptualización del ciberacoso como un comportamiento intencional y dañino, a través de las NTIC, sin el consentimiento de la víctima²⁰⁴³ independientemente de su edad.

Volviendo al carácter público del ciberacoso, no hay lugar a dudas de que el tipo de violencia o explotación que se sufre en el entorno virtual se extiende rápidamente y llega

²⁰³⁹ Vid., LIVINGSTONE, S., MASCHERONI, G., ÓLAFSSON, K. y HADDON, L.: *Children's online risks and opportunities: comparative findings from EU Kids Online and Net Children Go Mobile*, LSE, Londres, 2014. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/60513/>. Prevalencia susceptible de comprobación en la revisión bibliográfica sistemática que hace Gairagordobil en el ámbito español, europeo y americano. *Id.*, pp. 238-244; y, más recientemente, en PEREDA, N., GUILERA, G. y ABAD, J.: “Victimización infanto-juvenil en España: Una revisión sistemática de estudios epidemiológicos”, *Papeles del Psicólogo*. Vol. 35, núm. 1, 2014, pp. 66-77; MONTIEL JUAN, I.: “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 22, 2016, p. 122; y CROSS, D., LESTER, L., y BARNES, A.: “A longitudinal study of the social and emotional predictors and consequences of cyber and traditional bullying victimisation”, *International Journal of Public Health*, 2015, pp. 1-11.

²⁰⁴⁰ KEATS CITRON, D.: *Hate Crimes in Cyberspace*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, pp. 12-16; y STAUDE-MÜLLER, F., HANSEN, B. y VOSS, M.: “How stressful is online victimization? Effects of victim's personality and properties of the incident”, *European Journal of Developmental Psychology*, Vol. 9, núm. 2, 2012, pp. 260 y 270.

²⁰⁴¹ Vid., como meros ejemplos, SHEARMAN, S.: “Cyberbullying in the workplace: I became paranoid”, *The Guardian*, 30-03-2017. Disponible en: <https://www.theguardian.com/careers/2017/mar/30/cyberbullying-in-the-workplace-i-became-paranoid>; L.O.: “Los profesores, cada vez más acosados por el Whatsapp de padres e hijos”, *La Opinión de Murcia*, 27-01-2017. Disponible en: <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2017/01/27/profesores-vez-acosados-whatsapp-padres/801199.html>; RTVE: “La Justicia francesa condena por "acoso moral" a exdirectivos de France Telecom en el caso de los suicidios”, *RTVE*, 20-12-2019. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20191220/exdirector-france-telecom-condenado-a-anode-carcel-15000-euros-multa-ola-suicidios/1994158.shtml>; VARGAS, N.G.: “El acoso laboral: la “tortura del gota a gota” que sufre un 13% de la población española”, *El Diario*, 26-01-2020. Disponible en: https://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/acoso-laboral-canarias-tortura-poblacion-espanola_0_988302029.html

²⁰⁴² CORTÉS MORENO, J. y MUÑOZ DE DIOS, M.D.: “La protección y las tendencias de uso de los/as menores europeos/as en Internet”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord.) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 227.

²⁰⁴³ La cual se acercaría más a la definición de Royakkers, que también nos señala VERDEJO ESPINOSA, M.A.: “Redes sociales y ciberacoso...*op.cit.*”, p. 36.

a una audiencia ilimitada²⁰⁴⁴. Además, el ciberacoso puede adoptar diversas formas y materializarse en comportamientos muy variados, entre los que podemos destacar la redacción de mensajes hirientes o denigrantes (tanto en mensajería privada como pública), la creación de páginas webs o foros que incitan al odio, la divulgación de rumores, fotografías, videos, información vergonzosa o íntima, la usurpación de su identidad, o la exclusión en determinadas redes, chats o grupos virtuales²⁰⁴⁵. Desde la perspectiva de género, que analizaremos con más detalle en el siguiente subapartado, debemos mencionar la tipología adoptada por Palop, quien clasifica el ciberacoso en cuatro grandes categorías: ciberacoso psicológico (*cyberbullying*), ciberacecho (*cyberstalking*), ciberacoso sexual (*sexting*) y/o sextorsión (también llamada en este trabajo como porno vengativo, por su nomenclatura estadounidense). La primera y la última son las que nos interesan: parafraseando a Palop, una se podría definir como un comportamiento hostil, humillante y vejatorio mediante el uso de las NTIC y la difusión de datos personales sin el consentimiento de la persona afectada, y la otra se podría definir como amenaza, extorsión y chantaje mediante el uso de las NTIC y la difusión de datos personales de carácter íntimo, doblegando la voluntad de la persona afectada²⁰⁴⁶. Trataremos esta segunda categoría como uno de los casos de vulnerabilidad subjetiva vinculados a la violencia de género.

Parece lógico afirmar que, independientemente de los medios utilizados, el acoso es una práctica extremadamente lesiva para las personas, viéndose sus derechos fundamentales ilegítimamente menoscabados. No obstante, parece también razonable afirmar que el acoso por medios electrónicos, a pesar de ser igualmente un acto de violencia, causa mayor daño psicológico en tanto que los contenidos, datos personales divulgados, en el contexto de la Red, suelen ser universalmente accesibles y difíciles de eliminar. La redifusión de los contenidos en línea y su continuidad y permanencia

²⁰⁴⁴ CEREZO-RAMÍREZ, F.: “Bullying a través de las TIC”, *Boletín Científico Sapiens Research*, Vol. 2, núm. 2, 2012, pp. 24-29.

²⁰⁴⁵ Para más ejemplos *vid.*, GARAIGORDOBIL, M.: “Prevalencia y consecuencias del cyberbullying...*op.cit.*”, p. 237 (que resume los 8 tipos de acoso cibernético propuestos por Kowalski, Limber y Agatson; WHITTAKER, E., y KOWALSKI, R.M.: “Cyberbullying via social media”, *Journal of School Violence*, Vol. 4, núm.1, 2015, pp. 12-13; y, más recientemente, LUCAS-MOLINA, B., PÉREZ-ALBÉNIZ, A., y GIMÉNEZ-DASÍ, M.: “La evaluación del cyberbullying...*op.cit.*”, p. 28

²⁰⁴⁶ PALOP BELLOCH, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género a través de Internet. Vulnerabilidad de la menor en sus relaciones de pareja, ciberacoso y derecho al olvido*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 71-80.

espacio-temporal en la Red suponen verdaderos riesgos para la dignidad de las personas implicadas en este tipo de prácticas nocivas. Así lo resume Garaigordobil:

*“debido a que la información lesiva está disponible para todo el mundo las 24 horas del día, los acosadores con frecuencia son anónimos, el proceso de victimización es continuo e inevitable, la mayoría de las veces es muy difícil eliminar el material publicado y suele estar accesible de forma pública durante largos períodos de tiempo”*²⁰⁴⁷.

Sea por acto o por omisión, estos comportamientos, que al fin de cuenta son tipos de violencia en el mundo virtual, tienen consecuencias nefastas para las víctimas²⁰⁴⁸, las cuales tienden a sufrir trastornos psicosociales y psicopatológicos²⁰⁴⁹, siendo los más comunes la ansiedad, depresión, baja autoestima, bajo rendimiento o absentismo escolar o laboral y los más graves insomnio y pensamientos suicidas²⁰⁵⁰; por tanto, “afectan a la salud, a la calidad de vida, al bienestar y al correcto desarrollo de la persona”²⁰⁵¹ y, en última instancia, afectan al núcleo irreductible que es la propia dignidad humana.

Todo lo anterior no tiene otro resultado que un “daño o trauma continuo asociado para una víctima que revive la experiencia”²⁰⁵², lo que, en muchas ocasiones, como decíamos anteriormente, tiene un impacto mayor que el acoso tradicional (*offline*)²⁰⁵³. Recordemos que ciertos sucesos traumáticos, sobre todo aquellos que cobran vida mediante las NTIC y, justamente por la propia naturaleza omnipresente y permanentes de las mismas, provocan situaciones emocionales verdaderamente inaguantables, cuando no un verdadero TEPT; también indefensión, sea por la imposibilidad de afrontar la situación emocional en la que se ha dejado a la víctima, sea por los desencadenantes propios del mundo digital tales como la viralización de los contenidos nocivos o la difusión no consentida e imparable de datos de carácter personal. En efecto, la víctima de ciberacoso

²⁰⁴⁷ GARAIGORDOBIL, M.: “Prevalencia y consecuencias del cyberbullying...*op.cit.*, p. 245.

²⁰⁴⁸ *Id.*, p. 234.

²⁰⁴⁹ GÁMEZ-GUADIX, M., ORUE, I., SMITH, P.K. y CALVETE, E.: “Longitudinal and reciprocal relations of cyberbullying with depression, substance use and problematic internet use among adolescents”, *Journal of Adolescent Health*, Vol. 53, núm. 4, 2013, pp. 446-452.

²⁰⁵⁰ HINDUJA, S. y PATCHIN, J.W.: “Bullying, Cyberbullying and Suicide”, *Archives of Suicide Research*, Vol. 14, núm. 3, 2010, pp. 208-209.

²⁰⁵¹ *Id.*, p. 245

²⁰⁵² DOODLEY, J. J., PYŻALSKI, J., y CROSS, D. “Cyberbullying versus face-to-face bullying: a theoretical and conceptual review”, *Journal of Psychology*, Vol. 217, núm. 4, 2009, pp. 182-188; y BUELGA, S., CAVA, M.J. y MUSITU, G.: “Cyberbullying: victimización entre adolescentes a través del teléfono móvil y de Internet”, *Psicothema*, Vol. 22, 2010, pp. 784-789.

²⁰⁵³ MORA-MERCHÁN, J.A.: “Cyberbullying: un nuevo reto...*op. cit.*

se encuentra, simultáneamente, en una situación traumática y de especial vulnerabilidad pues no sólo tiene que estar reviviendo su situación de victimización, sino que además, se encuentra indefensa, sin poder de control alguno para revertirla.

El ciberacoso en la UE, al igual que en el resto del mundo, es un fenómeno que sigue creciendo año tras año²⁰⁵⁴. A día de hoy tampoco contamos con una definición comúnmente aceptada de ciberacoso a nivel europeo, lo que, indudablemente, dificulta la protección de aquellos que la sufren. El derecho europeo programático ha hecho especial hincapié en la necesidad de poner en marcha medidas jurídicas para luchar contra este fenómeno de violencia y explotación virtual, considerándolo incluso como uno de los mayores riesgos actuales del mundo digital²⁰⁵⁵. Este es el caso de la *Comunicación de la Comisión sobre el Plan de Acción de Educación Digital*²⁰⁵⁶, la ya citada *Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la ciberdelincuencia*²⁰⁵⁷ y, un año más tarde, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre pluralismo y libertad de los medios de comunicación en la Unión Europea*²⁰⁵⁸. Insisten en que estos riesgos son variados, desde prácticas tales como el ciberacoso, compartir detalles personales con extraños, la exposición a contenido que alienta a los niños a autolesionarse o contenido inapropiado, así como la radicalización en línea, y, destacan, entre los mecanismos que proponen y promueven a los responsables del tratamiento y demás empresas y servicios digitales, garantías para la eliminación rápida y eficiente de contenidos ilegales, ofensivos, degradantes o humillantes, así como obstáculos a su divulgación²⁰⁵⁹.

En lo que al Derecho derivado se refiere, no existe normativa específica sobre el ciberacoso y la ya estudiada Directiva 2012/29/UE en gran parte de los casos puede no ser técnicamente aplicable. La primera cuestión encuentra su justificación en que la armonización resulta imposible debido a la enorme disparidad regulatoria a nivel nacional

²⁰⁵⁴ MENESINI E., NOCENTINI A., PALLADINO B.E., FRISÉN A., BERNE S., ORTEGA-RUIZ R., CALMAESTRA J., SCHEITHAUER H., SCHULTZE-KRUMBHOLZ A., LUIK P., NARUSKOV K., BLAYA C., BERTHAUD J., y SMITH P.K. “Cyberbullying definition among adolescents: a comparison across six European countries”, *Journal of Cyberpsychology, Behavior and Social Networking*, Vol. 15, núm. 9, 2012, p. 455.

²⁰⁵⁵ *Vid.* Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el trabajo digital en el ámbito de la juventud de 10 de diciembre de 2019.

²⁰⁵⁶ *Vid.* COM(2018) 22 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de Educación Digital de 17 de enero de 2018.

²⁰⁵⁷ *Vid.* Resolución 2017/2068(INI) de 3 de octubre de 2017.

²⁰⁵⁸ *Vid.* Resolución 2017/2209(INI) de 3 de mayo de 2018.

²⁰⁵⁹ *Vid.* Resolución 2017/2068(INI), puntos 19 y 20.

y a que se ha delimitado erróneamente como una conducta exclusiva entre menores: muestra de ello es la normativa derivada y sectorial que sí encontramos en relación a este tema (las ya citadas Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y la Directiva 2016/800 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales). Prácticamente ningún Estado miembro en la UE ha adoptado normativa expresa para la lucha contra el ciberacoso, mucho menos desde la disciplina del Derecho penal, por no considerar ni ideal ni proporcional la criminalización de los menores implicados (bajo la premisa de que muchas veces los acosados cibernéticos han sido, o son, a su vez víctimas en sí mismas del fenómeno, prefiriendo, por tanto, mecanismos de justicia restaurativa al Derecho represivo)²⁰⁶⁰. La inexistencia de una normativa armonizada común también es el resultado de las particularidades propias del Derecho penal en cada Estado miembro y, en esta línea, por motivos relativos al solapamiento con tipos penales pre-existentes, como pueden ser delitos relativos al abuso o acoso sexual, a la explotación sexual infantil en línea, vejaciones o amenazas²⁰⁶¹. Enlazando con todo lo anterior, la segunda cuestión se debe a que la definición de víctima del delito requiere, como su propio nombre indica, que el daño sea directamente causado por una conducta tipificada penalmente, y encontramos, una vez más, que, a nivel europeo, ningún Estado miembro, a día de hoy, ha tipificado el ciberacoso (psicológico) como un tipo delictivo²⁰⁶².

Debemos, además, citar, la Directiva 2013/40/UE sobre delitos cibernéticos²⁰⁶³, en tanto en cuanto establece medidas contra el robo de identidad y otros delitos cometidos

²⁰⁶⁰ Todo ello lo podemos encontrar en el estudio realizado por la oficina encargada de los derechos de la ciudadanía y asuntos constitucionales de la Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo. POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS & CONSTITUTIONAL AFFAIRS: *Cyberbullying for Young People*, Parlamento Europeo, Bruselas, 2016, p. 57.

²⁰⁶¹ *Id.*, p. 44.

²⁰⁶² En el caso español, si bien la reforma del Código Penal de 2015 incorporó el artículo 172 ter y el artículo 197.7, el primero recoge el ciberacecho (aunque lo califican como ciberacoso) y se limita a castigar conductas reiteradas relacionadas con la persecución o vigilancia en línea constante que menoscaban gravemente el sentimiento de libertad y seguridad de la víctima; y el segundo recoge conductas relativas a la revelación o difusión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales sin el consentimiento de la víctima (un término medio entre el ciberacoso sexual -*sexting*- y la sextorsión). No obstante, este segundo parece no incluir casos en los que dichos datos personales fueron obtenidos, en su origen, de manera lícita y mediando consentimiento. También cabe aludir a que, aunque están tipificados asimismo en el Código Penal español los actos hostiles, humillantes o tratos degradantes que menoscaban gravemente la integridad moral, incluidos los ejercidos en el ámbito laboral (en su art. 173.1 se recoge el llamado acoso laboral -*bossing* o *mobbing* según quién lo ejerce), que incluyen menosprecio, exclusión, amenazas, sobrecargar con el volumen de trabajo o con tareas sin valor, etc., tampoco parece incluir a potenciales conductas de acoso psicológico en su faceta cibernética (y, en especial, en el contexto de las redes sociales).

²⁰⁶³ Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

en el entorno en línea, entre los que se incluiría el acoso cibernético, y exige que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para garantizar que la interceptación, tratamiento y uso ilícito de datos personales se consideren agravados en la legislación penal nacional²⁰⁶⁴. Por último, también consideramos oportuno hacer referencia a la Decisión Marco del Consejo de la UE contra el racismo y la xenofobia²⁰⁶⁵ puesto que estableció el deber de castigar, mediante el Derecho penal, conductas relativas a la incitación pública a la violencia u odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico, e incluía entre los medios posibles de comisión de esta conducta, la difusión pública de imágenes u otros materiales. De una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico europeo, entendemos que también incluye la difusión por medios electrónicos, lo que confirmó la Comisión Europea, años más tarde, en su informe de aplicación de esta Decisión marco²⁰⁶⁶. Por todo ello, entendemos que esta norma jurídica también es aplicable a los actos de ciberacoso, si bien queda delimitada cuando estos se basen en motivos raciales o xenófobos.

El denominador común del ciberacoso, tal y como lo entendemos en este trabajo, y por ello lo hemos añadido a la definición, es, por un lado, la falta de consentimiento por parte de la víctima que sufre este tipo de violencia virtual, y por otro, los datos personales como objeto y origen del fenómeno. Y, precisamente, habida cuenta de las gravísimas implicaciones que esta conducta tiene para el derecho fundamental a la protección de datos, y en lo que al objeto de este trabajo concierne, nos vemos en la obligación de centrarnos en las cuestiones relativas a la vulneración de los principios de licitud del tratamiento, a la falta de consentimiento del interesado, y, en semejante línea, en lo que se refiere al derecho al olvido, como mecanismo de empoderamiento y como garantía a la efectiva protección de los derechos personalísimos de las víctimas y garantía de la recuperación del trauma.

²⁰⁶⁴ *Id.*, Considerandos 5, 29, 30 y el artículo 9.5.

²⁰⁶⁵ *Vid.* Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

²⁰⁶⁶ *Vid.* COM/2014/027 final. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal: “*el discurso de odio en línea es una de las formas más corrientes de manifestación de actitudes racistas y xenófobas [...] Por su naturaleza especial, y teniendo en cuenta la dificultad que entraña la identificación de los autores de material ilegal en línea y la eliminación de dicho material, el discurso de odio en Internet plantea necesidades específicas a las autoridades judiciales en términos de peritaje, recursos y cooperación transfronteriza*” (pp. 9-10).

Recordemos que, hasta hace bien poco, la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas²⁰⁶⁷ (que recordemos fue actualizada en el 2009, precisamente por la evolución sin precedentes de las NTIC y los subsiguientes cambios en la economía y el comportamiento de los usuarios y consumidores mediante la Directiva 2009/136/CE²⁰⁶⁸) y la Directiva de Protección de datos constituían los ejes centrales del marco jurídico para la protección de los datos personales en el mundo virtual: el primero obligaba a los Estados miembros a garantizar la confidencialidad y al tráfico lícito de cierta información o datos de carácter personal en el contexto de las comunicaciones electrónicas, y el segundo regulaba las condiciones y principios bajo los cuales se podía tratar dicha información. En 2016, la UE actualizó su Derecho derivado en materia de privacidad y protección de datos, y del nuevo marco paneuropeo de protección de datos debemos destacar, como especialmente relevante en lo que a las víctimas de ciberacoso concierne, el RGPD que deroga la supracitada Directiva como norma homogeneizadora, general y de aplicación directa y la Directiva Policial como norma *de minimis* y armonizadora. Ambas tienen como objetivo principal otorgar al individuo un mayor control sobre sus datos personales, a través del fortalecimiento de las disposiciones de la normativa anterior y la creación de nuevos recursos jurídicos a su disposición, en caso de injerencia y vulneración de sus derechos.

El daño profundo que produce el ciberacoso, la huella duradera que deja en la Red y la apuesta europea por proteger los derechos de las personas en lo que al tratamiento de datos de carácter personal se refiere y garantizar una autodeterminación informativa, hace necesario examinar los mecanismos de defensa para proteger la vulnerabilidad derivada de la presencia no consentida en el mundo virtual, a saber, los principios del tratamiento y el derecho al olvido. Desde esta perspectiva, abordaremos a continuación -en orden inverso- las cuestiones relativas a su regulación proteccionista en lo que a víctimas de ciberacoso se refiere, prestando especial atención a la garantía del derecho al olvido.

²⁰⁶⁷ *Vid.* Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

²⁰⁶⁸ *Vid.* Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

La Directiva Policial se presenta como la norma reguladora europea del tratamiento de datos personales en materia de cooperación policial y judicial en el ámbito penal. Dicha norma incluye referencias expresas a la necesidad de proteger a ciertos colectivos especialmente vulnerables frente a los riesgos y daños psicológicos²⁰⁶⁹, entre los que nosotros indudablemente incluimos a las víctimas de ciberacoso. Si bien este instrumento de Derecho europeo derivado se adoptó con el objetivo de agilizar dicha cooperación permitiendo facilidades para la libre circulación e intercambio de datos personales entre Estados miembros, esto debe llevarse a cabo con pleno respeto del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. A tal fin, enumera una serie de principios, idénticos a los establecidos en el RGPD, si bien con mayor margen de discreción nacional, que rigen el tratamiento lícito y legítimo de datos de carácter personal. En lo que aquí nos interesa, resulta significativo hacer referencia a la obligación de adoptar los mecanismos adecuados para garantizar un nivel de seguridad y confidencialidad de los datos de carácter personal, incluida la supresión, o incluso destrucción, de los mismos cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recabados²⁰⁷⁰, o, al menos, la revisión periódica sobre la necesidad de conservarlos (art. 5 Directiva Policial) o la limitación de su tratamiento como alternativa proporcional (art. 16.3 *in fine* y 16.4 Directiva Policial). Antes de adentrarnos en la regulación del derecho al olvido y en el derecho a la limitación del tratamiento, conviene primero apuntar que las víctimas de delitos se encuentran especialmente protegidas, puesto que la norma obliga a los Estados miembros a diferenciar, en materia de clasificación y tratamiento de datos de carácter personal, según si afecta a sospechosos o condenados frente a víctimas o testigos (art. 6 Directiva Policial).

Con respecto al derecho al olvido, reconoce el derecho al olvido, únicamente en su faceta de derecho de supresión, en el contexto del tratamiento de datos personales en materia de cooperación policial y judicial en el ámbito penal, cuando la supresión sea una obligación legal; cuando el tratamiento no haya respetado los principios de licitud, lealtad, exactitud, seguridad, en especial, cuando el tratamiento sea excesivo en relación con los fines de prevención, investigación, detección, enjuiciamiento de infracciones penales o ejecución de sanciones penales; o cuando sobrepase lo estrictamente necesario en el caso de tratamiento de datos especialmente sensibles (el art. 16.2 Directiva Policial). En caso

²⁰⁶⁹ Vid. Considerandos 39, 50 y 75 del RGPD.

²⁰⁷⁰ Vid. Considerandos 34, 40, 42, 47, 48, 49, 57, 107 y los arts. 5, 13.1(e), 14(e) y 16.2 y 3 de la Directiva Policial.

de que la víctima de ciberacoso no pueda acogerse a las condiciones habilitantes para ejercer su derecho al olvido, podrá, en su defecto, solicitar la limitación del tratamiento de sus datos personales cuando existan dudas en cuanto a su exactitud, o cuando deban conservarse por mayor tiempo a efectos puramente probatorios (el art. 16.3 Directiva Policial). Con respecto a ambas garantías, es cierto que la norma sólo exige que el tratamiento de datos personales no sea “excesivo” para los fines para los que fueron recogidos²⁰⁷¹, frente a su irrelevancia con el paso del tiempo, lo cual delimita su eficacia al menos en lo que al tratamiento derivado de investigaciones policiales y procedimientos judiciales se refiere. No obstante, como hemos observado, otra faceta clave del fenómeno del ciberacoso es precisamente las huellas digitales que permanecen en la Red, como sede central de la comisión de estas conductas. Por ello es necesario analizar el RGPD como norma aplicable para proteger a las víctimas de ciberacoso.

El RGPD refuerza el derecho fundamental a la protección de datos mediante una serie de principios y garantías, entre los que debemos destacar, por un lado, los principios de tratamiento de datos de carácter personal, y, por otro, la incorporación normativa del derecho al olvido como garantía para su efectiva protección. Con respecto a los primeros, recordemos que el principio de calidad (re-bautizado por el RGPD como principio de exactitud) exige que el tratamiento de datos de carácter personal se lleve a cabo con datos exactos, veraces, actualizados, debiendo ser suprimidos o rectificados sin dilación en caso de no cumplir las condiciones (art. 5.1(a) y (d) RGPD); el principio de finalidad o minimización exige que el tratamiento de datos personales se lleve a cabo con datos adecuados, pertinentes y limitados a lo estrictamente necesario para cumplir con los fines por los que se recabaron (art. 5.1(b), (c) y (e) RGPD); el principio de consentimiento se consagra como premisa para la licitud y legitimación del tratamiento (art. 6.1(a) RGPD), y por ende, se convierte en título habilitante para el tratamiento de datos personales, se reconfigura como “inequívoco”, y supone la posibilidad de revocarlo en cualquier momento (arts. 7 y 8 RGPD).

De la legitimación, limitación del tratamiento y refuerzo del consentimiento por la que apuesta el nuevo marco paneuropeo de protección de datos, observamos la relación directa entre estos principios y el derecho al olvido, en tanto en cuanto se concibe como mecanismo de empoderamiento y autodeterminación en el control de los datos de carácter

²⁰⁷¹ Vid. art. 4.1(c) Directiva Policial.

personal, y como garantía para eliminar o impedir el acceso y utilización sucesiva de datos personales precisamente cuando su tratamiento deja de quedar justificado (art. 17.2 RGPD).

En el ámbito de las redes sociales y los servicios de Internet, es precisamente el principio del consentimiento el que resulta complicado de aplicar. Los usuarios publican información, en muchas ocasiones información de carácter personal, que rápidamente es diseminada y compartida, perdiendo el interesado toda capacidad de control sobre la misma, una vez está cedida a la todopoderosa Red. Así las cosas, las víctimas de ciberacoso se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad y la sufren por partida doble: en su origen, por una suerte de ‘coco humanoide’ que publica, por primera vez, la información controvertida, y subsiguientemente, de manera perpetua, por una suerte de ‘coco virtual’, que la expande y la hace disponible, universal e ilimitadamente, con un solo clic. El escenario ha cambiado con la proliferación de Internet y sus herramientas digitales, y en especial, con el perfeccionamiento de los motores de búsqueda, generando situaciones nefastas para la dignidad y el libre desarrollo personal y profesional de las personas:

“Internet extiende la vida de publicaciones destructivas. Antaño, las cartas [o llamadas] de acoso se desechaban [o cesaban con no coger el teléfono] y los recuerdos se desvanecían con el tiempo. Sin embargo, la web hace imposible olvidar las publicaciones dañinas [...] la información negativa, accesible en línea, vinculada al nombre de una persona puede destruir vidas. En el ámbito laboral, la publicación o fotografía negativa publicada en la Red puede arruinar la carrera profesional de una persona [o impedir su desarrollo]. Además, el acoso virtual y las invasiones de la privacidad pueden causar traumas emocionales graves y provocar varios trastornos psicológicos” (traducción propia)²⁰⁷².

Las víctimas del ciberacoso psicológico no tienen por qué soportar la omnipresencia de sus datos personales en la Red y no existe interés alguno que justifique la permanencia de información de carácter personal y contenidos humillantes u ofensivos, sobre todo si no ha mediado su consentimiento²⁰⁷³. En efecto, recordemos que son elementos a tener

²⁰⁷² COOK, L.: “The Right to be Forgotten: A Step...*op.cit.*, p. 131.

²⁰⁷³ No obstante, debemos recordar, que aunque hubiera sido la víctima responsable de la publicación original, el derecho al olvido también se habilita mediante la retirada del consentimiento por el interesado (art. 17.1(b) RGPD).

en cuenta para el ejercicio exitoso del derecho al olvido la falta de condición de personaje público de la víctima, la inexistencia de un hecho noticiable, el tratamiento desproporcionado y excesivo de los datos personales, las características y situación personal de la víctima, el paso del tiempo, etc. Como acertadamente nos recuerda Palop, nadie tiene por qué resignarse a soportar una situación de ciberacoso y deberá poder reaccionar frente a la inclusión ilegítima de su información personal en la Red y servicios digitales equivalentes²⁰⁷⁴.

El trauma sufrido no solo tiene consecuencias negativas en el momento de la publicación de datos de carácter personal e información sensible, sino que las secuelas psíquico-emocionales se retroalimentan de la falta de desvinculación o disociación propia de una Red que lo recuerda todo, realimentando esa suerte de TEPT. El vertido de información personal sobre terceros sin su consentimiento, sea con ánimo jocoso o malévolo, que ocurre en el mundo virtual, hace de la Red no sólo un repositorio de violencia virtual inaceptable, sino también un repositorio de información universal e instantáneamente accesible que hace imposible la recuperación de la víctima. Por ello, el mecanismo y garantía de protección es doble: por un lado, como ya hemos visto que la propia Psicología ha demostrado, a veces un olvido forzado es el único mecanismo para esa necesaria disociación y mantenimiento del equilibrio emocional, y, por otro, la supresión de información se ve legitimada cuando afecta a información ilícitamente tratada.

Recordemos una vez más que el RGPD diferencia, en su art. 17, el derecho al olvido (como derecho de supresión de datos de carácter personal) y el derecho al olvido digital (como derecho a la re-contextualización en la Red). Por regla general, el derecho al olvido, en su faceta de derecho de supresión, podrá ser ejercido por una víctima de ciberacoso cuando se hayan tratado sus datos de carácter personal (que pueden comprender desde su nombre hasta su imagen en una foto o video), sin su consentimiento o sean inexactos, y por tanto, incumplan el requisito de licitud (art. 17.1(d) RGPD). El caso de la falta de consentimiento es evidente y no precisa explicación, mientras que el caso de la falta de exactitud de la información es fácilmente entendible en situaciones como las que crean los llamados troles²⁰⁷⁵ de Internet (*Internet and cyber trolls*), que,

²⁰⁷⁴ PALOP BELLOCH, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia...op.cit.* p. 215.

²⁰⁷⁵ Este término es un préstamo del inglés (troll), extranjerismo con adaptación de grafía, que, a su vez, lo incorporó del noruego antiguo (*Old Norse*) en el siglo XVII. Por lo que se refiere a su significado, según la Fundación del español urgente, es un “*término coloquial correcto para denominar a un 'alborotador o*

aunque en muchas ocasiones solo molestan, en algunas, arruinan vidas personales y profesionales²⁰⁷⁶, propagando rumores, comentarios humillantes u ofensivos, así como información falsa o información que, aunque cierta, ha devenido irrelevante tras cierto paso de tiempo. De tal modo, las víctimas de ciberacoso que hayan sufrido un trauma o daños emocionales podrán reaccionar y defenderse contra sus agresores desde la distancia y seguridad personal que proporciona la Red, a través de mecanismos tecno-digitales que permiten el borrado o la desvinculación de la información nociva.

Estos mecanismos se articulan a través del derecho al olvido, lo que significaría la posibilidad de retirada casi inmediata (pues existe la obligación de actuar con la mayor brevedad –“sin dilación indebida”-) de este tipo de publicaciones o contenidos, además de una prohibición a su posterior tratamiento²⁰⁷⁷. Ello, en la práctica, supone devolverle a la persona afectada un poder de control sobre su propia información personal cuando ha sido despojada de su dignidad en el mundo virtual por razones perversas e injustificables. Recordemos, además, que la obligación se impone sobre el responsable del tratamiento, como persona jurídica o física que decide sobre el procesamiento (sea en su faceta de recopilación, publicación o difusión a terceros) de la información personal. Así, extrapolando la jurisprudencia sentada en el *Asunto Lindqvist*, el ciberacosador se convierte en responsable del tratamiento. Aunque las víctimas de ciberacoso no están expresamente mencionadas como grupo vulnerable en la normativa de protección de datos aplicable y aunque generalmente los actos de ciberacoso no impliquen información personal catalogada como ‘especialmente sensible’, la perspectiva de riesgo que claramente adopta el RGPD, lleva a considerar que el tratamiento de datos de ciertas personas y colectivos goza de especial protección. Ello nos lleva a incluir a las víctimas de ciberacoso como parte del colectivo en situación de especial vulnerabilidad en el entorno virtual.

polemista que, a través de mensajes en foros digitales, intenta molestar o provocar al resto de los participantes”. Disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/trol-no-troll/> A grandes rasgos, es una persona que, con la intención de molestar o perjudicar, crea conflictos o situaciones incómodas en las redes sociales.

²⁰⁷⁶ Citron documenta el célebre caso de ‘Anna Mayer’ (pseudónimo) a quien entrevistó como ejemplo de la imposibilidad real que supone encontrar trabajo una vez la reputación ha sido contaminada en la Red: cuando se buscaba su verdadero nombre en un motor de búsqueda, el 75% de los resultados eran enlaces a páginas y foros que atacaban su profesionalidad y comentarios denigrantes sobre su persona. *Vid.* KEATS CITRON, D.: *Hate Crimes in Cyberspace...op.cit.*, p. 8.

²⁰⁷⁷ Pues recordemos que el responsable del tratamiento también tiene la obligación de adoptar medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los demás 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 (art. 17. 2 RGPD).

No obstante, resulta igualmente importante, y se concebiría como alternativa al derecho de supresión reconocerles un derecho al olvido (o re-contextualización) digital. Este sería el caso de que la fuente original en la que constan datos de carácter personal estuviera amparada por algún fin legítimo (se nos ocurre el supuesto de la cobertura mediática de un caso de ciberacoso o comentarios virtuales que podrían, *prima facie*, estar cubiertos por otras libertades informativas²⁰⁷⁸), y, por ende, se proyectaría como derecho de las víctimas de ciberacoso a solicitar la desindexación o desvinculación de los enlaces que contienen el contenido o la información personal controvertida; lo que no afectaría a las fuentes originales. Podría ocurrir que la materialización informática de un acto de acoso virtual se debiera al resurgimiento y difusión de datos personales (como podrían ser fotografías vergonzosas o información personal descontextualizada) que ya existía previamente en la Red (ya fuera porque la víctima las subió a plataformas digitales o redes sociales en el pasado o no). En efecto, el fenómeno de la viralización de contenidos y la función que realizan los motores de búsqueda como herramientas supersónicas de localización, indexación y puesta a disposición de información hace que datos personales que en un momento y contexto espacio-temporal concreto eran inofensivos puedan convertirse en el arma utilizada por ciberacosadores y en fuente de angustia emocional y de traumas recurrentes para las personas afectadas, en tanto en cuanto los contenidos se visualizan y viajan a velocidad vertiginosa por la Red mediante el comportamiento de otros usuarios y por la propia naturaleza de las NTIC.

Así, las víctimas de ciberacoso podrán hacer uso de un derecho a la re-contextualización digital (o derecho al olvido digital), mediante el cual puedan, si no borrar, al menos desvincularse de dichos contenidos y hacer menos accesible información personal devenida obsoleta o irrelevante y que les causa un perjuicio psicológico grave. Es de sobra conocida la faceta del derecho al olvido como derecho a la desindexación, o derecho a solicitar que enlaces a datos de carácter personal no figuren en los resultados de una búsqueda nominativa en internet. A la víctima de ciberacoso, como mínimo,

²⁰⁷⁸ Como caso paradigmático tenemos el de la bloguera e influencer española Alejandra Pereira, que denunció insultos, mofas, intentos de desprestigio, incitación al odio y difusión de información sobre la orientación sexual de familiares suyos. *Vid.*, por todos, SICCARDI, X.: “La bloguera Lovely Pepa se derrumba tras recibir más de 70.000 mensajes de odio en 8 años”, *La Vanguardia*, 06-11-2019. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/muyfan/20180126/44293573979/lovely-pepa-acoso-mensajes-odio-youtube-alexandra-pereira.html> por todos, SIERRA, I.: “Lovely Pepa planta cara al bullying y consigue cerrar el foro de Vogue que la vapuleaba”, *WATMag*, 26-01-2018. Disponible en: <https://www.thewatmag.com/influencers/lovely-pepa-planta-cara-al-cyberbullying-y-consigue-cerrar-el-foro-de-vogue-que-la-vapuleaba>

deberá concedérsele eliminar esa conexión inmediata entre su nombre y los contenidos o datos personales controvertidos. Ello haría el acceso a dicha información más difícil, enterrando los resultados de búsqueda, aunque no eliminando la fuente original, precisamente bajo la justificación de que si bien las hemerotecas digitales y los motores de búsqueda son instrumento fundamental para las libertades informativas (en especial la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información), debido a los riesgos que la disponibilidad inmediata, ilimitada e indefinida de su tecnología supone para ciertos colectivos, deben conciliarse con los derechos personalísimos de las personas, y, definitiva deben ceder y darles prioridad a la integridad moral de las víctimas de acoso virtual.

Este derecho a la re-contextualización digital tiene como objetivo restaurar la capacidad de control sobre la información personal propia frente a los abusos de una situación que, por su propia naturaleza, nace desequilibrada, debiendo ser la garantía del derecho al olvido, a nuestro entender, mecanismo de reacción suficiente para oscilar la balanza a favor de aquellos que injustamente sufren sus consecuencias en la era digital. Tanto el derecho al olvido, en su faceta de derecho de supresión, como el derecho al olvido digital forman parte de la garantía a la recuperación de uno de los traumas característicos del siglo XXI.

C. Víctimas de violencia de género: dos casos de violencia digital contra las mujeres

Se ha prestado considerable atención a comportamientos violentos, sobre todo los penalmente tipificados, que se perpetran con la ayuda de las NTIC. Entre estos, la doctrina se ha centrado en delitos informáticos²⁰⁷⁹ tales como la piratería o estafas por Internet (*phishing*), el robo de identidad, o en la protección de colectivos vulnerables en situaciones ya estudiadas, tales como la explotación infantil en Internet o el ciberacoso²⁰⁸⁰. No obstante, resulta necesario centrar nuestra atención, cuando hablamos

²⁰⁷⁹ STATISTA.: “Cyber crime: Statistics and market data on cyber crime”, *Statista*, 2018. Disponible en: <https://www.statista.com/markets/424/topic/1065/cyber-crime/> ;y EUROPEAN CYBERCRIME CENTER, *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA), Strategic, policy and tactical updates on the fight against cybercrime*, European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, Hague, 2019. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/iocta-report>

²⁰⁸⁰ A modo de ejemplo, *vid.* MONTIEL JUAN, I.: “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 22, 2016, pp. 119-131.

de la aparición de nuevas formas de “violencia digital”²⁰⁸¹, en aquella ejercida mediante la divulgación de datos de carácter personal desde la perspectiva de género. La violencia de género se concibe como un fenómeno social perjudicial, basado históricamente en el desequilibrio de poder y desigualdad entre hombres y mujeres²⁰⁸², que ha devenido “universal” (aunque con “patrones” y manifestaciones variadas según el contexto socio-cultural)²⁰⁸³, y cuya visibilización y sensibilización ha sido notable con la entrada del presente siglo. Por desgracia, la violencia de género ha sido, en la última década, un “símbolo brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad y como clara manifestación de discriminación”²⁰⁸⁴.

De hecho, la violencia de género abarca numerosas conductas, desde su forma más generalizada -la violencia en las relaciones de pareja-, hasta actos de violencia llevados a cabo en el entorno en línea, aunque no necesariamente son mutuamente excluyentes, como veremos más adelante. Como ya hemos estudiado las implicaciones y soluciones técnico-jurídicas para otras víctimas de violencia de género, a saber, el colectivo LGBTIQ+ y de las víctimas de ciberacoso (en su mayoría niñas y mujeres), y sin negar que existen casos de violencia por razón del género/sexo que afectan al colectivo masculino²⁰⁸⁵, ni señalar las situaciones de doble o múltiple discriminación y vulnerabilidad que sufre el colectivo femenino²⁰⁸⁶, nos centraremos, en este apartado en dos casos de violencia de género específicos al colectivo femenino: concretamente dos casos de violencia digital contra las mujeres²⁰⁸⁷. La violencia contra las mujeres sigue aumentando a un ritmo sin precedentes y se materializa ahora también en el ámbito

²⁰⁸¹ Así lo llama, por ejemplo, la AEPD en sus Recomendaciones “Ayuda a las víctimas de violencia de género y violencia digital”. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/recomendaciones>

²⁰⁸² WELDON, S.L.: *Protest, Policy and the Problem of Violence Against Women. A cross-national comparison*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2002, p. 13.

²⁰⁸³ ENGLE MERRY, S.: *Gender Violence: A Cultural Perspective*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2009, p. 1

²⁰⁸⁴ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El sentido actual de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.) *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 138.

²⁰⁸⁵ Pensemos en los casos en los que los hombres también son víctimas de este tipo de violencia: violaciones entre hombres en centros penitenciarios, violencia pandillera y callejera, torturas a hombres en tiempos de guerra, novatadas y hostigamiento entre hombres en el ámbito profesional, violencia homófoba contra hombres, chantaje emocional en relaciones de pareja (sea o no entre personas del mismo sexo), etc.

²⁰⁸⁶ Vid. BROWNRIDGE, D.A.: *Violence Against Women. Vulnerable Populations*, Routledge, Nueva York, 2009; y PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad...*op.cit.*”, pp. 857-864.

²⁰⁸⁷ Aunque somos plenamente conscientes que la violencia de género, y, concretamente, la violencia contra las mujeres abarca numerosas formas: violencia en las relaciones de pareja, abuso o agresiones sexuales, acoso, acecho u hostigamiento, trata de mujeres, prostitución forzada, violencia física y sexual contra prostitutas, abortos forzados y selectivos por sexo, infanticidio femenino, mutilación genital femenina, violaciones en tiempos de guerra, y un desafortunado y largo etc.

virtual, a través no sólo de la divulgación y difusión de datos de carácter personal de carácter especialmente sensible o íntimo, sino asimismo a través de comportamientos violentos que afectan seriamente a la salud física y mental de las mujeres: esto es especialmente grave en el caso de las víctimas de delitos graves contra la libertad sexual y el caso de la sextorsión (o porno vengativo), los cuales analizaremos con detenimiento más adelante.

La necesidad de estudiar la violencia digital desde esta perspectiva concreta de género tiene su fundamento en dos razones principales que, de manera sucinta, exponemos a continuación. En primer lugar, las investigaciones realizadas hasta la fecha confirman que las mujeres y niñas son las principales víctimas de las manifestaciones más graves de la violencia digital²⁰⁸⁸. Al igual que a nivel mundial²⁰⁸⁹, la violencia de género en Europa afecta de manera desproporcionada a las mujeres (una de cada tres mujeres europeas experimenta violencia física o sexual a partir de su decimoquinto cumpleaños)²⁰⁹⁰,

²⁰⁸⁸ FLORES FERNÁNDEZ, J.: “Privacidad, factor de riesgo y protección en la violencia digital contra las mujeres”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, p.313; VILLANUEVA-BLASCO, V.J. y SERRANO-BERNAL, S.: “Patrón de uso de internet y control parental de redes sociales como predictor de sexting en adolescentes: una perspectiva de género”, *Revista de Psicología y Educación*, Vol. 14, núm. 1, 2019, p. 23; y SNAYCHUK, L. A., y O’NEILL, M. L.: “Technology-facilitated sexual violence: Prevalence, risk, and resiliency in undergraduate students”, *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, Vol. 29, núm. 1, 2020, pp. 3 y 10-11; todo ello confirmado con estadísticas mundiales: *vid.*, de nuevo, OCDE, *Report: Bridging The Digital Gender Divide...op. cit.*, p. 23.

²⁰⁸⁹ Bien resumido en la Resolución 68/1984 de la Asamblea General de las Naciones Unidas *Promoción de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos: protección de las defensoras de los derechos humanos y los defensores de los derechos de la mujer* de 18 de diciembre de 2013: “Consciente de que las violaciones y los abusos de los derechos de las mujeres, la discriminación y la violencia contra ellas, incluidas las defensoras de los derechos humanos, que guardan relación con las tecnologías de la información, como el acoso en línea, el hostigamiento cibernético, la violación de la intimidad, la censura y el acceso ilícito a cuentas de correo electrónico, teléfonos móviles y otros dispositivos electrónicos con el fin de desacreditar a la mujer o incitar a otras violaciones y abusos contra sus derechos, son una preocupación cada vez mayor y pueden constituir una manifestación de la discriminación sistémica por razón de género, que exige respuestas eficaces y acordes con los derechos humanos” (p. 3).

²⁰⁹⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE: *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, pp. 3, 9, y 13. El estudio se centró en un caso muy concreto de violencia de género contra las mujeres: el caso de aquella ejercida por parte de quien es o haya sido cónyuge (o que esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia). En este sentido, la encuesta reveló que el 23% de las mujeres había manifestado haber sufrido acoso o abuso en línea al menos una vez en su vida y que una de cada diez había sido víctima de violencia en línea. Ese 23 % afirmó también, haber tomado, alguna medida de autoprotección (cambiar de dirección de correo electrónico o de número de teléfono). Todo ello implica afirmar que las cifras, de violencia de género, en general, y la ejercida mediante las NTIC, en particular, son mucho más altas en la práctica (pues existen numerosos casos de violencia contra las mujeres ejercida por parte de aquellos que no tienen ni han tenido una relación sentimental). Además, según el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, la mayoría de los casos de violencia de género, en general, y violencia de género digital, no se denuncian, siendo la impunidad

revelando patrones desiguales y discriminatorios, y comprende no sólo el ejercicio de actos físicos o psicológicos presenciales sino también aquellos actos que tienen cabida a través de las NTIC. Estas manifestaciones en su mayoría pueden ser clasificadas como una suerte de violencia digital sexualizada²⁰⁹¹, con ejemplos que van desde el acoso sexual en línea, la sextorsión a las agresiones sexuales facilitadas por aplicaciones de concertación de citas²⁰⁹², y, por ende, revelan que el fenómeno no parece ser neutral por lo que concierne al género²⁰⁹³. En segundo lugar, tanto las causas como las consecuencias de este fenómeno se deben, en gran medida, a expectativas obsoletas, estereotipos y prejuicios de lo que es masculino y femenino²⁰⁹⁴, a la normalización de la

de este tipo de violencia generalizada, alarmante y que confirma que si bien no se han realizado encuestas desglosadas por género a nivel europeo y la investigación es limitada a nivel nacional, la que hay disponible “sugiere que las mujeres son desproporcionadamente objetivos de ciertas formas de violencia cibernética en comparación con los hombres”. Vid. INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO: *Cyber violence against women and girls*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017, p. 3. Disponible en: <https://eige.europa.eu/publications/cyber-violence-against-women-and-girls> ; y también en COMISIÓN EUROPEA, “Forms of gender-based violence”, *What is Gender-based Violence?*. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/what-gender-based-violence_en (“Physical: it results in injuries, distress and health problems. Typical forms of physical violence are beating, strangling, pushing, and the use of weapons. In the EU, 31 % of women have experienced one or more acts of physical violence since the age of 15 [...] Sexual: it includes sexual acts, attempts to obtain a sexual act, acts to traffic, or acts otherwise directed against a person’s sexuality without the person’s consent. It’s estimated that one in 20 women (5 %) has been raped in EU countries since the age of 15. [...] Psychological: includes psychologically abusive behaviours, such as controlling, coercion, economic violence and blackmail. 43% of women in the 28 EU countries have experienced some form of psychological violence by an intimate partner”).

²⁰⁹¹ RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S., y HARVEY, L.: *A qualitative study of children, young people and ‘sexting’: report prepared for the NSPCC*, NSPCC, Londres, 2012, p. 7; FERREIRO BASURTO, V. y FERRER PÉREZ, V.A.: “Comunicación y género” en MARTÍNEZ-PECINO, R., y GUERRA DE LOS SANTOS, J.M. (Eds) *Aspectos psicosociales de la comunicación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2013, p. 152; ESTEBÁNEZ, I. y VÁZQUEZ, N.: *La desigualdad de género y el sexismo en las redes sociales. Una aproximación cualitativa al uso que hacen de las redes sociales las y los jóvenes de la CAPV*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2013, pp. 95-97; ROBLES UCLÉS, S., GALLEGO ARRUFAT, M.J., y SOLERA ALBERO, C.: “Prevención de la violencia de género en jóvenes universitarias a través de redes sociales”, en DURÁN RUIZ, F.J. y SAID HUNG, E. (Dir.) *TIC y sociedad digital: educación, infancia y derecho*, Comares, Granada, 2015, p. 162; FERREIRO, V., VILÀ, R., y PRADO, N.: “Experiencias sexistas en las redes sociales. Perpetuando la violencia de género”, en CASTEJÓN COSTA, J.L. (Coord.) *Psicología y Educación: Presente y Futuro*. ACIPE, Alicante, 2016, pp. 588-589; PALOP BELLOCH, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia...op.cit.* p. 63; y SNAYCHUK, L. A., y O’NEILL, M. L.: “Technology-facilitated sexual violence...op.cit., p. 1.

²⁰⁹² Vid., por todas las noticias, SANDELL, S.: “Dating Apps, Rape and the Lack of Safety in Online Dating”, *HuffPost Blog*, 24-02-2016 (revelando que el 40% de las agresiones sexuales se cometen con ayuda de las NTIC y aplicaciones de citas); o COLLINS, K.: “Rapes tied to online dating on the rise”, *CNet*, 08-02-2016. Disponible en: <https://www.cnet.com/news/uk-sees-increase-in-rapes-relating-to-online-dating/> (destacando que el 85% de las víctimas son mujeres).

²⁰⁹³ RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S., y HARVEY, L.: *A qualitative study...op.cit.*; y, más recientemente, WOOD, M. BARTER, C., STANLEY, N., AGHTAIE, N. y LARKINS, C.: “Images across Europe: The sending and receiving of sexual images and associations with interpersonal violence in young people’s relationships”, *Children and Youth Review*, Vol. 59, 2015, p. 159.

²⁰⁹⁴ Vid., QUESADA AGUAYO, M.S.: “Género y discriminaciones asociadas al hecho de ser mujer” en ROMÁN ONSALO, M. (Coord.) *Manual Agentes de Igualdad*, Diputación de Sevilla, Sevilla, 2009. pp. 30-42.

hipersexualización y cosificación de la mujer²⁰⁹⁵, y, por tanto, a una jerarquización socio-cultural que ha creado relaciones (inequitativas) de poder entre hombres y mujeres²⁰⁹⁶. Como apuntan algunos autores “*aún perduran los comportamientos sexistas y los estereotipos de género*”, lo que “*se traduce en unas cifras preocupantes de casos de violencia de género*” que, a su vez, se agrava con “*el rol facilitador que están jugando las nuevas tecnologías como Internet, las redes sociales y los medios digitales que proporcionan nuevos riesgos antes inexistentes*”²⁰⁹⁷. Aunque otros nos recuerdan que la sociedad en su conjunto todavía es incapaz de percibir muchas de las supracitadas desigualdades en la Red y que, en este sentido, y así lo analizaremos más adelante, “*el Derecho ha avanzado a la propia conciencia social*” el problema al que nos enfrentamos²⁰⁹⁸.

A modo de introducción, también conviene recordar la definición de violencia de género y establecer una definición operativa de violencia contra las mujeres. En simples términos, la primera se puede definir como los patrones y “conductas violentas y coercitivas”²⁰⁹⁹ dirigidas contra una persona por motivo de su género/sexo, y, por ende, la violencia contra las mujeres entraría como una categoría concreta de violencia de género: como aquella violencia dirigida contra la mujer, por el mero hecho de serlo, y que resulta o puede resultar en un daño físico, psicológico, económico, o, cualquier otro tipo de sufrimiento. Si bien no existe una definición común ni universalmente reconocida, las definiciones, tanto en el ámbito internacional como europeo, presentan notables similitudes. En el ámbito internacional, se ha definido la violencia contra la mujer como:

²⁰⁹⁵ DAVIS, S.E.: “Objectification, Sexualization, and Misrepresentation: Social Media and the College Experience”, *Social Media and Society*, Vol. julio-septiembre, 2018, pp. 1-9; SZYMANSKI, D.M. MOFFITT, L.B. y CARR, E.R.: “Sexual Objectification of Women: Advances to Theory and Research”, *The Counseling Psychologist*, Vol. 39, núm. 1, 2011, pp. 6-38.

²⁰⁹⁶ POWELL, A., y HENRY, N.: “Sexual Violence in the Digital Age: The Scope and Limits of Criminal Law”, *Social & Legal Studies*, Vol. 25, núm. 4, 2016, p. 399; y QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género...*op. cit.*”, p. 133.

²⁰⁹⁷ MUÑOZ FERNÁNDEZ, M.C.: “La violencia de género en las relaciones sentimentales de los adolescentes”, *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, Vol. 15, núm. 2, 2015, p. 30.

²⁰⁹⁸ SALA ORDÓÑEZ, R.: “La violencia de género digital tratamiento jurídico y percepción social”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 23 (Ejemplar dedicado a: Menores y Redes Sociales II, 2019, p. 34.

²⁰⁹⁹ De hecho, Sala Ordoñez, por ejemplo, la ha definido directamente desde la perspectiva del colectivo femenino como “un patrón de conductas violentas y coercitivas que incluye actos de violencia física contra la mujer, pero también maltrato y abuso psicológico, agresiones sexuales, aislamiento y control social, acoso sistemático y amenazante, intimidación, coacción, humillación, extorsión económica y amenazas diversas” (traducción propia). *Vid.*, SALA ORDÓÑEZ, R.: “L’etat embrionari de la violència de gènere digital”, *Món Jurídic: Revista de l’il·Lustre Col·legi de l’advocacia de Barcelona*, núm. 323 (junio-julio), 2019, p. 20.

*“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”*²¹⁰⁰.

A nivel europeo, se ha definido como los *“actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*²¹⁰¹. Con independencia de los matices de su conceptualización, la violencia contra la mujer persiste en todos los países del mundo e indudablemente constituye una discriminación y una violación generalizada del disfrute de los derechos más fundamentales de este colectivo. En efecto, los elementos de esta definición no sólo reflejan la multitud de comportamientos variados que pueden adoptar la violencia contra las mujeres (desde el maltrato psicológico o emocional hasta la trata con fines de explotación sexual) sino también que estos pueden ocurrir en la intimidad del hogar o en espacios sin fronteras como la red de Internet.

Como ya hemos comentado, la violencia en general es una experiencia traumática para aquellos que la sufren. En el caso de la violencia de género, esta es sufrida en su gran mayoría por mujeres y niñas y *“refleja y refuerza desigualdades entre hombres y mujeres y atenta contra la salud, la dignidad, la seguridad y la autonomía de las víctimas”*²¹⁰². Debido a los datos estadísticos recogidos a nivel mundial, la OMS ha llegado a catalogar la violencia contra las mujeres como un *“problema de salud pública mundial de proporciones epidémicas”*²¹⁰³. El sexismo, la misoginia y sus manifestaciones más sutiles

²¹⁰⁰ Resolución A/RES/61/143 de la Asamblea General adoptada el 19 de diciembre de 2006, haciendo referencia a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 y su Protocolo Facultativo.

²¹⁰¹ Vid. Art. 3(a) del Convenio de Estambul.

²¹⁰² Vid. Resolución 2010/2209(INI) del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (punto C).

²¹⁰³ OMS: *Resumen de orientación Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*, OMS, Ginebra, 2013, p. 1. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf?sequence=1; también lo confirman estudios muy recientes, como LEONE, M., LAPUCCI, E., DE SARI, M., DAVOLI, M., FARCHI, S. y MICHELOZZI. P.: “Social network analysis to characterize women victims of violence”, *BMC Public Health*, Vol. 19, 2019, p. 501.

o más violentas han sembrado tristeza y desaliento en aquellos que estudian el fenómeno²¹⁰⁴. El problema al que nos enfrentamos, en la actualidad, es la extensión de las formas tradicionales de violencia contra las mujeres y la aparición de nuevas formas de violencia en un terreno sin fronteras, a través de los avances tecno-digitales²¹⁰⁵. No obstante, la violencia sin un componente estrictamente físico (*spacelessness violence*)²¹⁰⁶, aunque algunos erróneamente la han llamado “violencia simbólica”²¹⁰⁷, sigue siendo violencia y sigue siendo igualmente (si no más) grave.

Además, la violencia de género debe interpretarse como un *continuum*, pues las diferentes formas de violencia en muchas ocasiones están interconectadas y no necesariamente son excluyentes entre sí, convirtiéndose en una suerte de círculo vicioso: “*La relación entre la violencia fuera de línea y en línea se puede describir como fluida. Por ejemplo, cuando el abuso sexual se graba y se difunde en las redes sociales, la violencia no solo tiene lugar fuera sino también en línea. O cuando mujeres activistas reciben amenazas en línea, seguidas de ataques en la calle, estos son apoyados y se propagan en línea*”²¹⁰⁸. Al margen de su conceptualización y tipología, no cabe duda que el daño psicológico es un daño en sí mismo, igual de grave (si no más) que el daño físico. Descartamos la asignación de la violencia digital en una posición jerárquicamente inferior a la violencia física, por motivos tales como la imposibilidad de contacto físico y subsiguiente garantía de seguridad que produce esa distancia. De hecho, precisamente es la invasión de la intimidad de la víctima y la agresión y humillación pública que esta sufre desde los confines de lo más íntimo de su persona -su hogar- lo que hace que este tipo de violencia sea todavía más peligrosa y dañina²¹⁰⁹.

²¹⁰⁴ "LANCET EDITORIAL “Violence against women: ending the global scourge”, *The Lancet*, Vol. 381, 2013, p. 2135. Disponible en: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(13\)61222-2.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(13)61222-2.pdf) (afirmando que los estudios globales confirman que “sadly, nowhere in the world is a woman safe from violence”).

²¹⁰⁵ DRAGIEWICZ, M., BURGESS, J., MATAMOROS-FERNÁNDEZ, A., SALTER, M., SUZOR, N. P., WOODLOCK, D. y HARRIS, B.: “Technologies of Coercive Control: Digital Domestic Violence and the Competing Roles of Social Media Platforms”, *Feminist Media Studies*, Vol. 18, 2018, pp. 609-625.

²¹⁰⁶ HARRIS, B.: “Spacelessness, Spatiality and Intimate Partner Violence...*op.cit.*”, p. 54-57.

²¹⁰⁷ POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 65.

²¹⁰⁸ SWEDISH INTERNATIONAL DEVELOPMENT COOPERATION AGENCY (SIDA): *Gender-Based Violence Online Brief*, SIDA, Stockholm, 2019, p .3. Además, esta toma numerosas formas: “*Incluye, pero no se limita a amenazas verbales y gráficas, comentarios abusivos y acosos [...] distribución de fotos y videos de abusos o agresiones sexuales [...] compartir, falsificar [...] datos privados [...] chantaje o extorsión. También toma la forma de vigilancia: por parte de parejas [...] o como control social*”.

²¹⁰⁹ POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 62: “*home is a sacred sanctuary, a retreat and respite from the outside world. Therefore, when digital abuse and harassment infiltrates this sacred space, there can be serious implications for the victim, such as anxiety,*

Lo cierto es que la innovación y transformación tecno-digital, sobre todo en lo que al acceso instantáneo y constante a la información, comunicación o incluso a la geolocalización, se refiere, han creado oportunidades singulares para perpetrar actos precursores o propios de la violencia de género. En efecto, las NTIC han jugado un papel importante en la proliferación de conductas violentas contra la mujer y su utilización con la sola finalidad de controlar, acosar, humillar y chantajear a este colectivo²¹¹⁰. La velocidad y universalidad en la difusión, acceso y perdurabilidad de contenidos sensibles y datos personales ha otorgado a los maleantes una gran facilidad para poner en entredicho la seguridad e intimidad de las mujeres, y todo ello mediante la vigilancia constante y conductas dañinas a distancia. Lo que resulta de todo punto innegable es que la propia naturaleza de las NTIC ha dado lugar a nuevos riesgos para la intimidad, integridad física y moral, y, en última instancia, riesgos para la dignidad y el libre desarrollo de este grupo en situación de especial vulnerabilidad; no sólo por la situación de desprotección por diseño²¹¹¹ en la que se encuentran, sino también, y sobre todo, por la incapacidad para defenderse frente a dichas injerencias.

Aunque ya la hemos estudiado de manera genérica, la regulación europea sobre la protección de las víctimas de delitos, conviene recordar que una de las novedades de la Directiva 2012/29/UE fue la incorporación de una definición autónoma europea de ‘violencia por motivos de género’ en la que se incluye toda forma de violación de los derechos y libertades fundamentales de la víctima, por motivo de su sexo, entre las que destaca todo tipo de comportamientos físicos y psicológicos que produzcan o puedan producir cualquier tipo de daño o sufrimiento²¹¹². Esta definición amplia de violencia de género, como vimos, también incluye la violencia de género efectuada por medios digitales en tanto en cuanto incluye conductas que causan un daño emocional. Además, recordemos que en ella se hace especial hincapié en la protección de las víctimas frente a

depression, suicidal ideation, isolation, loss of employment prospects and relationship disintegration. Essentially these acts constitute a violation of trust”.

²¹¹⁰ HELLEVIK, P.M.: “Teenagers' personal accounts of experiences with digital intimate partner violence and abuse”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 92, 2019, p. 180; y HARRIS, B. y WOODLOCK, D.: “Digital Coercive Control: Insights from two Landmark Domestic Violence Studies”, *British Journal of Criminology*, Vol. 59, 2019, p. 533.

²¹¹¹ Aludimos a la falta de protección “por diseño” (cogiendo prestada la terminología del RGPD que establece la protección de datos por diseño como una estrategia básica enfocada en la proactividad y prevención en vez de la reactividad y corrección) pero para referirnos, por un lado a los patrones patriarcales ya citados, a esa cultura tecnológica de la que hablábamos en la *Introducción* del presente trabajo, que se ve envuelta en la omnipresencia de la tecnociencia en la sociedad, y, subsiguientemente, a esa mentalidad social de titularidad sobre la vida e información de los demás (en particular de las mujeres), y que, precisamente gracias a la tecnología, se extiende sin límite alguno.

²¹¹² Recordemos el contenido del Considerando 17 de la misma.

futuras victimizaciones o represalias, así como en la protección de su intimidad y derecho fundamental a la protección de datos, en su camino por el aparato institucional (en lo que concierne a su acceso al apoyo especializado y a las garantías que proporciona el proceso penal) y en su camino personal hacia la recuperación, incluidas la prohibición y limitación en la difusión de sus datos personales²¹¹³.

Por todo lo anterior, aunque las mujeres víctimas de violencia de género tampoco están expresamente mencionadas como grupo vulnerable en la normativa de protección de datos aplicable, la perspectiva de riesgo adoptada por esta, la perspectiva de género que figura como elemento transversal en la técnica legislativa, y la interpretación sistemática de las normas europeas, llevan a considerar que el tratamiento de datos de este colectivo goza de especial protección. Ello nos lleva a incluir a las víctimas de violencia de género como parte del colectivo en situación de especial vulnerabilidad en el entorno virtual, y, por ende, como beneficiarias necesarias de la protección que supone la garantía del derecho al olvido, como arma digital de empoderamiento y resiliencia, para ubicarlas en condiciones de igualdad efectiva, en orden a su recuperación del trauma vivido y para evitar una eventual re-victimización. En efecto, la normativa de protección de datos contribuye a proteger la seguridad de este colectivo a través de numerosos mecanismos que, tanto *a priori*, como *a posteriori* (como es el caso del derecho al olvido), y junto con otras medidas preventivas necesarias fuera del ámbito de la protección de datos, evitan o, al menos, reducen los daños físicos, psíquicos, familiares, sociales, laborales o económicos experimentados, tanto por las conductas reprochables de los perpetradores como por la re-victimización derivada de un inadecuado tratamiento de su información personal, incluso por aquellos designados a ayudar y protegerlas:

*“En el caso de la violencia de género, el derecho a la protección de datos se proyecta sobre un elemento sustancial como es el de la garantía de la indemnidad de las víctimas de este tipo de delitos, que en la práctica no es otra cosa que la garantía de su derecho a la vida y a la integridad física [...] estabilidad personal y emocional”*²¹¹⁴.

El problema añadido, hoy en día, es que este virus social se ha expandido y ha penetrado el reino virtual, debido a la gran libertad y anonimato que disfrutaban sus autores,

²¹¹³ Recordemos el Considerando 54 de la misma.

²¹¹⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Protección de datos y violencia de género”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-04-2017. Disponible en: <http://lopdysseguridad.es/violencia-de-genero/>

con la desafortunada gravedad añadida que sus manifestaciones causan a las que las sufren. De tal forma que la violencia de género, incluida la discriminación, el acoso y agresión sexual o emocional, etc., ahora también se comete, se facilita y se propaga en el mundo virtual:

*“el fenómeno de las redes sociales y la mensajería instantánea provocará en estos patrones de conducta una amplificación de las conductas coercitivas, una extensión del control y la manipulación, así como la persistencia y [...] presencia del agresor [...] que le produce a la víctima una sensación de desamparo e impotencia ante los hechos [...] que está sufriendo [...] una grave alteración en su salud física y mental y [...] en gran medida su vida cotidiana”*²¹¹⁵.

Así, en lo que se refiere al contexto digital, la tecnología no sólo tiene el poder y potencial de conectar a personas y abrir mentes, sino también de reforzar y difundir estructuras socio-culturales²¹¹⁶ que impactan negativamente a ciertos colectivos, incluidas las mujeres. La revolución tecnológica y la transformación digital han traído no sólo nuevas maneras de relacionarse con los demás (pues no hay lugar a duda que las NTIC y la Red se han convertido en herramientas y plataformas esenciales para la interacción social), o nuevas formas de comunicación social hacia la igualdad entre hombres y mujeres²¹¹⁷, sino también nuevas formas de atacar y silenciar a las mujeres²¹¹⁸. Los comportamientos y fenómenos sociales dañinos que observamos en nuestro día a día se vierten en la Red, y esta, por su propia naturaleza, los intensifica y agrava sus

²¹¹⁵ Vid., SALA ORDOÑEZ, R.: “L’estat embrionari de la la violència de gènere...op.cit., pp. 20-21.

²¹¹⁶ Algunos autores, sobre todo los más seguidores de las teorías socio-feministas, incluso han llegado al punto de hablar de la “cultura patriarcal” o de la relación etiológica entre la desigualdad entre hombres y mujeres y las creencias y actitudes patriarcales”. En tal sentido, vid. los estudios recientes en EE. UU, con la aportación de KEARNS, M.C., SCHAPPELL D’INVERNO, A. y REIDY, D.E.: “The Association Between Gender Inequality and Sexual Violence in the U.S.”, *American Journal of Preventive Medicine*, Vol. 58, núm. 1, 2020, p. 13; y en España, con las aportaciones de PALOP BELLOCH, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia...op.cit.* pp. 38-40.

²¹¹⁷ CASTELLS, M.: *La dimensión cultural de Internet*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2002. Disponible en: <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>; y CASTELLS, M.: *End of Millenium -The Information age: Economy, society and culture (Vol. III)*, Blackwell, Oxford, 1998.

²¹¹⁸ HARRIS, B.: “Spacelessness, Spatiality and Intimate Partner Violence: Technology-facilitated Abuse, Stalking and Justice”, en FITZ-GIBBON, K., WALKLATE, S., MCCULLOCH, J., y MAHER, J. (Eds.) *Intimate Partner Violence, Risk and Security: Securing Women’s Lives in a Global World*, Routledge, Nueva York y Oxon, 2018, p. 53; y LIM, S.: “Breaking Online Gender-Based Violence”, *GENDERIT*, 06-06-2018. Disponible en: <https://www.genderit.org/articles/breaking-online-gender-based-violence> “Online GBV [gender-based violence] is not only perpetrated by the unscrupulous villain. Everyone can be a perpetrator of online GBV. Friends and family included. A like. A screenshot. A retweet. A sharing. A comment. Several comments. And so, no one is the perpetrator. The internet has made silencing, coercing, intimidating, intoxicating and rejecting women easier, quicker, more efficient”.

consecuencias. Esta nueva realidad, llamada por algunos como “ciberviolencia de género”²¹¹⁹, como decíamos, es solo una manifestación más del paradigma socio-cultural existente²¹²⁰ pues “los patrones sociales patriarcales de la cultura offline” se trasladan a la “cultura online”²¹²¹. La Red, como herramienta del espacio virtual, también se ha convertido en herramienta para la opresión y abuso hacia las mujeres, manifestándose de numerosas maneras: “*atención sexual no deseada, discurso de odio basado en el género, acoso cibernético, acoso basado en imágenes y amenazas de violación [...] [convirtiéndose en] blancos [fáciles y fatales] de insultos y acoso en línea*” (traducción propia)²¹²².

Así, la Red ha dejado de ser un entorno neutral, no porque no se esté luchando por ello, ni porque la tecnología no tenga la capacidad o esté diseñada para serlo, sino porque el mundo *online* es un reflejo del mundo *offline*, y este está plagado de desigualdades “artificiosas e injustificadas”²¹²³. Así, pasamos de la desigualdad entre hombres y mujeres a la llamada “brecha digital por razón de género” (*digital gender equality gap*)²¹²⁴.

²¹¹⁹ QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género...*op.cit.*, p. 148; ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATION: *Providing a gender lens in the digital age: APCs submission to the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Working Group on Business and Human Rights*, 2018. Disponible en: <https://www.apc.org/en/pubs/providing-gender-lens-digital-age-apc-submission-office-high-commissioner-human-rights'-working> (“*gender-based violence online encompasses acts of gender-based violence that are committed, abetted or aggravated, in part or fully, by the use of information and communication technologies (ICTs), such as mobile phones, the internet, social media platforms, and email*”).

²¹²⁰ Como decían Blázquez y Flores: “partimos de la idea de que internet y las nuevas tecnologías contribuyen a perpetuar esta situación de desigualdad, siendo un reflejo ‘virtual’ de una situación real”. Vid. BLAZQUEZ GRAF, N. y FLORES, J. (Eds.): *Ciencia, tecnología y género en Iberoamérica*, Universidad Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Ciudad de México, 2005, p. 699.

²¹²¹ FERREIRO, V., VILÀ, R., y PRADO, N.: “Experiencias sexistas en las redes sociales. Perpetuando la violencia de género”, en CASTEJÓN COSTA, J.L. (Coord.) *Psicología y Educación: Presente y Futuro*. ACIPE, Alicante, 2016, p. 582.

²¹²² POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Melbourne, 2017, p. 154. Además, como ya comentamos en su día con respecto a las víctimas del ciberacoso, el comportamiento y prejuicios sobre las mujeres también se traslada al mundo digital, manifestándose desde insultos, chistes o rumores publicados y diseminados en la Red, revelación y difusión de fotos comprometidas, robo de contraseñas y usurpación de la identidad con el fin de causar un daño, o cualquier tipo de acoso, intimidación o extorsión en las redes o aplicaciones de telefonía móvil.

²¹²³ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El sentido actual de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género...*op.cit.*, p. 162.

²¹²⁴ Aunque gran parte de organismos internacionales han enfocado su definición en lo que se refiere a la falta de acceso, competencias digitales, utilización de las NTIC o la falta de presencia en mercados laborales tecnológicos o industrializados por parte del colectivo femenino, nosotros, en el presente trabajo, nos referimos con ‘brecha digital por razón de género’ al traslado de las desigualdades, estereotipos y actos de violencia que sufren las mujeres al ámbito digital. No obstante, para referencias sobre su concepción original, *vid.*, por todos, OCDE, *Report: Bridging The Digital Gender Divide. Include, Upskill, Innovate*, 2018. Disponible en: <http://www.oecd.org/internet/bridging-the-digital-gender-divide.pdf>; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Bridging the digital gender divide”, ACNUDH: *Noticias y Eventos*, 11-07-2018. Disponible en:

Ejemplos de esta brecha digital, que hemos decidido definir, en el presente trabajo, como las desigualdades, estereotipos y actos de violencia que sufren las mujeres, por el mero hecho de serlo, en el ámbito digital²¹²⁵, incluyen conductas como insultos sexistas publicados en las redes sociales, entre ellos el llamado *slut-shaming* (tildar de prostituta)²¹²⁶ o el *gender-based hate speech* (expresiones de odio o incitación a la violencia -generalmente sexual-)²¹²⁷, el llamado *doxing* (compartir públicamente información identificativa o privada con el objeto de causar angustia)²¹²⁸, el *sexting* o *sex-casting* (como práctica en la que se ven envueltas en su mayoría niñas y mujeres, como resultado de la presión social, de los pares o de sus compañeros sentimentales masculinos)²¹²⁹, el *revenge porn* (o sextorsión, entendida como la distribución en línea no consentida de imágenes íntimas compartidas originalmente en estricta confianza y secreto)²¹³⁰ o prácticas que se acercan más al ya estudiado acoso psicológico tales como

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/BridgingDigitalGenderDivide.aspx>; WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Challenge Insight Report. The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, 2016. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf

²¹²⁵ Acercándonos a la concepción de Ferreiro. Vid. FERREIRO BASURTO, V.: *La brecha digital digital, una nueva forma de discriminación hacia las mujeres. La toma de decisión en los usos de internet*, Edicions UIB, Palma, 2014; y POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 58. Estebáñez y Vázquez también aluden a ello al hablar del “mismo sexismo en formato nuevo”. Vid. ESTEBÁÑEZ, I. y VÁZQUEZ, N.: *La desigualdad de género y el sexismo...op.cit.*, p. 16.

²¹²⁶ Vid., por todos, RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S. y HARVEY, L.: *A qualitative study...op.cit.*, p. 45; y QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género...*op.cit.*”, pp. 146-148.

²¹²⁷ KEATS CITRON, D.: “Civil rights in our information age”, en LEVMORE, S. Y NUSSBAUM, M.C. (Eds.), *The offensive Internet: Speech, privacy, and reputation*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, pp. 31-49; y POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 10.

²¹²⁸ Se ha definido como “práctica mediante la cual piratas informáticos [...] realizan una labor de investigación para recopilar toda la información posible sobre una persona, generalmente información en línea, aunque también en ocasiones puede incluir información [...] de la vida personal [...] con el fin de incitar al acoso en la vida real”. Definición disponible en: <https://www.redeszone.net/2019/02/17/doxing-que-es-protegermos/>; algunos autores han referenciado como prácticas en las que se ven involucradas mujeres y niñas, y que hemos decidido incluir como ‘doxing’: “Dar de alta a la víctima en un sitio Web donde puede estigmatizarse y ridiculizar a una persona [...] en webs, donde se escoge a la persona más tonta, más fea, etc [...] Crear un perfil o espacio falso en nombre de la víctima en el que ésta comparte intimidades, realiza demandas y ofertas sexuales explícitas, etc.[...] Dar de alta en determinados sitios la dirección de correo electrónico de la persona acosada para convertirla en blanco de spam, contactos con desconocidos, etc. Hacer correr falsos rumores sobre un comportamiento reprochable atribuido a la víctima [...]”. Vid., en tal sentido, QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género...*op.cit.*”, p. 152.

²¹²⁹ Vid., por todos, DROUIN M. y TOBIN E.: “Unwanted but consensual sexting among young adults: Relations with attachment and sexual motivations”, *Computers in Human Behavior*, Vo. 31, 2014, pp. 412-418; DROUIN M., ROSS J. y TOBIN E.: “Sexting: a new, digital vehicle for intimate partner aggression?”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 50, 2015, pp. 197-204; VERDEJO ESPINOSA, M.A.: “Redes sociales y ciberacoso...*op.cit.*”, pp. 40-41; WOOD, M. BARTER, C., STANLEY, N., AGHTAIE, N. y LARKINS, C.: “Images across Europe: The sending...*op.cit.*”, pp. 151 y 159; y KLETTKE, B., HALLFORD, D. J., y MELLOR, D. J.: “Sexting prevalence and correlates: A systematic literature review...*op.cit.*”, (que revelaron que esta práctica es altamente prevalente en el caso de adultos jóvenes -48.56% de estos afirmaron haber enviado mensajes de texto con imágenes o contenido sexual y 56.01% de ellos confirmaron haberlos recibido-).

²¹³⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Las nuevas tecnologías como herramientas de prevención y actuación frente a la violencia de género”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord.) *Ciberacoso y*

el “cibercontrol” (vigilancia continuada de la actividad *online* -amistades que agrega, comentarios y fotos que comparte en una red social-, u *offline* -su localización-, etc.)²¹³¹.

Una vida libre de agresiones e intimidación (sea presencial o a distancia) no sólo es un derecho fundamental de toda persona, sino que, en el caso de las mujeres víctimas de violencia de género, este derecho requiere garantías especiales debido a que este colectivo se encuentra “*en una situación de crisis personal grave*” lo que debe significar “*que el cumplimiento normativo tenga que humanizarse en este contexto*”²¹³². En tal sentido, recordemos que los datos personales concernientes a una mujer víctima de violencia de género son calificados, tanto en el RGPD como en la Directiva Policial como categorías especiales de datos personales (o datos sensibles), no sólo porque la información concerniente puede contener datos de salud (física/sexual o psicológica), sino porque los datos identificativos relativos al género en sí son datos de especial sensibilidad²¹³³. Por ambas razones gozarían del mayor nivel de protección que dota la normativa de protección de datos en lo que a su tratamiento se refiere. Por tanto, cuando hablamos de la protección de los datos de mujeres víctimas de violencia de género, estamos hablando de “una protección particularmente cualificada”²¹³⁴.

Todo lo anterior implica numerosas actuaciones por parte de los organismos públicos y privados implicados, lo cual exige actuaciones acordes con los principios del tratamiento de datos de carácter personal, con la regulación de categorías especiales de datos personales (o datos sensibles) y con la búsqueda de medidas y opciones personalizadas y más favorables para la situación concreta de la víctima: “*debe permitir, a todas las personas intervinientes en los procesos de atención a las mujeres que*

violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 304;

²¹³¹ BURKE, S. C., WALLEN, M., VAIL-SMITH, K. y KNOX, D.: ‘Using Technology to Control Intimate Partners: An Exploratory Study of College Undergraduates’, *Computers in Human Behavior*, Vol. 27, 2011, pp. 1162-1167; ESTÉBANEZ, I.: “Sexismo y violencia machista en la juventud. Las nuevas tecnologías como arma de control”, Conferencia invitada en *Encuentros Internacionales sobre el Impacto de los diversos fundamentalismos religiosos, políticos, económicos y culturales en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos*, celebrado en Donostia, 2013, pp. 7-8; y más recientemente, POWELL, A., y HENRY, N.: “Sexual Violence in the Digital Age: The Scope and Limits of Criminal Law”, *Social & Legal Studies*, Vol. 25, núm. 4, 2016, pp. 399-405.

²¹³² Martínez Martínez citado por SÁNCHEZ, L.J.: “¿Cómo garantizar la seguridad de las víctimas de violencia de género desde la protección de datos?”, *Conflegal*, 17-04-2017. Disponible en: <https://conflegal.com/20170417-como-garantizar-la-seguridad-de-las-victimas-de-violencia-de-genero-desde-la-proteccion-de-datos/>

²¹³³ INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *Guía para el tratamiento de datos personales de víctimas de violencia contra las mujeres*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2015, p. 17.

²¹³⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Protección de datos y violencia de género...*op. cit.*”

enfrentan violencia, desarrollar una intervención respetuosa en el ámbito del tratamiento de su información personal”²¹³⁵. Partiendo del hecho de que la protección de este colectivo en situación de especial vulnerabilidad reunirá los esfuerzos de numerosos sujetos e instituciones implicadas, sean los servicios de atención social, los servicios médicos, organismos y empresas de asesoramiento jurídico o las propias autoridades policiales y judiciales, debemos apuntar que estos estarán legitimados por la normativa europea en virtud del principio de licitud²¹³⁶, convirtiéndose en responsables del tratamiento de su información personal. Las exigencias del RGPD y la Directiva Policial establecen que cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal²¹³⁷ o para proteger intereses vitales de ciertas personas físicas²¹³⁸, este será lícito y estará legitimado. Así, los servicios sociales y aquellos ligados a la investigación policial y a la actuación judicial, como autoridades competentes, podrán tratar datos personales de las víctimas o, conociendo la repercusión socio-familiar de este fenómeno²¹³⁹, los de sus familiares, sobre todo los dependientes que estén a su cargo, con objeto de protegerlos y defender sus intereses.

No obstante, con respecto a los demás principios de protección de datos, debemos recordar que, con independencia de la naturaleza de la información personal y la legitimidad de su tratamiento, los principios de limitación y minimización del tratamiento obligan a los responsables del mismo a limitar y adecuar dicho tratamiento a lo estrictamente necesario en relación con los fines que les fueron asignados como autoridad competente²¹⁴⁰. Esto incluiría, entre otras, finalidades tales como la asistencial, social, curativa, de otorgamiento de subvenciones o de persecución de delitos, aunque también hay que tener en cuenta que -como hemos examinado en más de una ocasión- existen otra serie de finalidades que, generalmente, están legitimadas por la normativa europea siempre y cuando los datos personales estén anonimizados (fines estadísticos o científicos, fines históricos, etc.).

²¹³⁵ INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *Guía para el tratamiento de datos...op.cit.*, p. 16.

²¹³⁶ Recogido en los arts. 6 del RGPD y 4.1(a) y (b) de la Directiva Policial.

²¹³⁷ Vid. Art. 6(c) del RGPD y art. 10(a) de la Directiva Policial.

²¹³⁸ Vid. Art. 6(d) del RGPD y art. 10 (b) RGPD.

²¹³⁹ En palabras de Martínez Martínez “*la protección de datos se proyecta también sobre el entorno familiar. En particular sobre los menores, sobre los hijos e hijas de la víctima [...]se proyecta sobre su entorno social inmediato. Es decir, no sólo es necesario proteger a la mujer y su entorno familiar más inmediato, sino también espacios como el lugar de trabajo o de ocio en los que se desenvuelve su vida de esta persona*”. Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Protección de datos y violencia de género...op. cit.

²¹⁴⁰ Vid. Art. 9.2 (a), (b) y (c) del RGPD y arts. 4.1(b) y (c), 16 y 20 de la Directiva Policial.

Sobre los principios de limitación y minimización, cabe anunciar que existen autores que ponen en duda su lógica en situaciones de violencia de género: por ejemplo, el principio de minimización “*debería entenderse, [...] como principio de maximización de los datos [...] tratar todos y cuantos datos resulten necesarios [...] sin restricciones basadas en un entendimiento positivista absurdo de la normativa, y contrario a las más elementales garantías de la dignidad y de la vida humana*”²¹⁴¹. Resulta totalmente cierto que toda interpretación de la norma jurídica que conduzca a un absurdo debe rechazarse. Ahora bien, nosotros entendemos que los datos que resulten necesarios para el cumplimiento de las funciones de aquellos que tengan que tramitar, y por ende tratar, datos personales no quedarán afectados por este principio, pues recordemos que, al ser la conducta constitutiva de delito, entraría en juego la Directiva Policial como norma aplicable en virtud del principio de especialidad, y esta habla de “no exceso” en lugar de la “no necesidad” del genérico reglamento europeo en la materia. Además, los principios de limitación de la finalidad y minimización de datos requieren también asegurar que el plazo de conservación sea asimismo el mínimo estricto en relación a los fines perseguidos, de tal forma que los datos personales de víctimas de violencia de género solo deberán conservarse por el tiempo que sea necesario, y siempre y cuando siga activa la finalidad para la que se recogieron²¹⁴², estableciéndose unas condiciones y unos plazos para su supresión, en función del potencial ejercicio o defensa de acciones legales presentes o futuras u otros plazos previstos en la legislación nacional que obliguen al mantenimiento de determinados ficheros.

El principio de integridad y confidencialidad exige que el tratamiento se haga con las garantías y medidas técnicas de seguridad²¹⁴³, que, en el caso de información tan sensible como posibles agresiones o abusos por razón de género, así como respecto de medidas de protección y seguridad frente a los agresores, implicará indudablemente adecuar medidas

²¹⁴¹ Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Protección de datos y violencia de género. Calidad de los datos, Blog: LOPD y Seguridad, 11-04-2017. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero/>

²¹⁴² En tal sentido, se debe evitar la cronificación de esta información personal sensible, debiendo los responsables del tratamiento, sobre todo en lo que atañe a organismos públicos y demás entidades que prestan un servicio o ayuda a estas víctimas, “*diferenciar la situación de la persona que requiere una atención más prolongada en el tiempo o una intervención regular, de aquella otra persona que requiere una atención puntual, bien sea porque ha resuelto el problema, bien sea porque desea abandonar la atención, o bien porque traslada su residencia a otro lugar sobre el cual la organización no posee competencia. En todos estos casos, una vez agotada la finalidad de la atención, se deberán cancelar los datos de las personas beneficiarias. Para los casos en los que se necesite una atención permanente o extendida en el tiempo hay que valorar si es necesario mantener los datos durante un periodo de tiempo más largo*”. Vid. INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *Guía para el tratamiento de datos...op.cit.*, p. 61.

²¹⁴³ Vid. Art. 9.2 (f) del RGPD y art. 4.1(f) de la Directiva Policial.

físicas y técnicas para preservar la confidencialidad de este tipo de información, en aras de proteger su intimidad y prevenir su identificación o localización; lo que deberá garantizarse tanto en la recogida como en el almacenamiento y cesión de este tipo de información. Sobre esta cuestión, debemos mencionar que el principio de transparencia quedaría limitado en tanto en cuanto el derecho a la información y acceso no puede significar poner en peligro o riesgo a la víctima o su entorno socio-familiar, por lo que quedaría justificada la omisión de cierta información, o incluso la permanencia del anonimato de estas mujeres frente a sus potenciales agresores, actúen o no como investigados o demandados en un procedimiento policial o penal. Así lo ha considerado Martínez Martínez:

“la protección de la vida y de la integridad física de las víctimas, la garantía de sus derechos y en particular el derecho a la tutela judicial efectiva, y la protección de la juventud e infancia, son derechos y valores constitucionales que justifican sobradamente no informar en la recogida de datos a las personas que tengan la condición de agresores, y aquellas sobre las que de un modo racional y fundado exista la sospecha de que en caso de tener conocimiento de la existencia del expediente lo comunicarán al agresor o sospechoso”²¹⁴⁴.

Por último, con respecto a la prohibición genérica vertida sobre el tratamiento de datos especialmente sensibles como son los concernientes a una víctima de violencia de género, este sí que habla de la posibilidad de su tratamiento “cuando sea estrictamente necesario”, cuando se cumplan una serie de excepciones tasadas en el RGPD y la Directiva Policial que legitimarían la recopilación, uso, transmisión o conservación, entre otros, de este tipo de datos de carácter personal. Apreciamos como potenciales supuestos legitimadores del tratamiento los arts. 6(c) del RGPD (cumplimiento de una obligación legal) y los arts. 10(a) y (b) de la Directiva Policial (cuando esté autorizado por la normativa nacional, para el cumplimiento de una obligación legal y cuando sea necesario para proteger los intereses y derechos fundamentales de la víctima u otra persona afectada).

Con respecto a otras garantías que ofrece la normativa europea en materia de protección de datos, y acorde con las líneas de esta investigación, debemos hablar del derecho al olvido como garantía efectiva para la protección de este colectivo. En líneas

²¹⁴⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Principios de protección de datos y violencia de género. Transparencia”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-04-2017. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero2/>

generales, con la aplicación efectiva del RGPD se han ampliado los derechos de los interesados, incluido el derecho al olvido (tanto en su faceta de derecho de supresión como en su faceta de derecho a aminorar el acceso irrestricto a cierta información personal en la Red), de tal forma que se puede solicitar a los responsables del tratamiento que supriman ficheros, datos personales o inhabiliten enlaces o copias de ellos en determinadas circunstancias. Por un lado, el derecho al olvido, en tanto que derecho de supresión, quedaría habilitado en el momento en el que se diera uno de los supuestos ampliamente estudiados del art. 17.1 RGPD, siempre y cuando no hubiera una obligación legal que amparase su conservación. En expresión de Martínez Martínez sobre la protección de datos, podríamos también afirmar que el derecho al olvido digital podría ser entendido “*como garantía de no revelación, de protección a ultranza de la identidad*”²¹⁴⁵. Nosotros aquí, añadiríamos, además, garantía a la recuperación del trauma. La situación psicofisiológica que soportan estas personas es un conglomerado, un conjunto de sentimientos de indefensión, desapoderamiento y desconexión. Si el objetivo es la recuperación de un trauma, que las coloca en un callejón mental sin salida, la confidencialidad desempeña un papel principal en el camino hacia el empoderamiento y la recuperación; la garantía de confidencialidad les permite sentirse más cómodas en la búsqueda de ayuda y en el ejercicio de sus derechos y acciones judiciales. El poder decidir qué información comparten, con quién, cuándo y cómo se utiliza, y todo ello con las máximas garantías de seguridad y confidencialidad, les permite abrirse y coger fuerza para superar y reivindicar el asalto a sus derechos más fundamentales. Estos razonamientos suponen examinar los supuestos que habilitarían un derecho al olvido digital en tanto derecho a esa no revelación o, como hemos denominado a lo largo de este trabajo, derecho a la re-contextualización digital; los supuestos que suscitan más interés incluyen la publicidad de las resoluciones judiciales, la publicidad de los actos administrativos y su subsiguiente indexación por sus propios motores de búsqueda o buscadores de Internet.

En el caso de las resoluciones judiciales, recordemos que la exigencia de máxima difusión y publicidad de las mismas no es absoluta, habiéndose admitido, tanto a nivel nacional como europeo, la posibilidad de solicitar el anonimato de ciertas partes intervinientes en el proceso, atendiendo a su situación personal especial, y sobre todo cuando dicha difusión les ponga en una situación de especial vulnerabilidad o se derive

²¹⁴⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Principios de protección de datos...*op.cit.*”

un perjuicio grave; este indudablemente sería el caso de menores y de víctimas de delitos tales como el de violencia de género²¹⁴⁶. En efecto, una cosa es la cesión de la intimidad y protección de datos en el contexto de un proceso judicial y subsiguiente plasmación en una decisión escrita, todo ello en virtud de los principios de oralidad, publicidad y seguridad jurídica, y otra bien distinta, en la era de la indexación absoluta e hiperinformación, es no hacer una distinción entre lo ‘público’ y lo ‘publicado’. Las NTIC amplían el espectro de la publicidad hasta límites impensables, y la falta de control o la accesibilidad universal de información sensible o datos identificativos de la víctima pueden poner su seguridad o su vida privada en peligro, y por ende, puede desalentarlas a denunciar o continuar un proceso judicial.

La amenaza de lesiones o de muerte es un temor constante en la vida de muchas víctimas de violencia de género. Para muchas, la reubicación o la necesidad de pasar inadvertida puede ser un elemento necesario para su propia seguridad, y, a menudo, para la de sus hijos²¹⁴⁷; pero su traslado y reubicación no necesariamente garantizan estos bienes jurídicos de manera irrestricta. En lo que se refiere a la publicación de datos personales en boletines oficiales, como son las ayudas y subvenciones que recibe por su situación de víctima de violencia de género, indudablemente facilita su identificación, incluso en ciertos casos, cierta localización (en el caso de que aparezcan en boletines oficiales autonómicos, y sobre todo, provinciales) pues se limita el ámbito geográfico de búsqueda del agresor. Aquí encontramos cómo el respeto a un principio básico del Derecho (principio de publicidad administrativa) y el cumplimiento de un deber público (principio de transparencia) pueden poner en riesgo los derechos fundamentales de la mujer víctima de este tipo de violencia. Como potenciales soluciones a este problema, pues el derecho a la supresión no se ajustaría al principio de proporcionalidad, estaría la omisión de cierta información clave para garantizar la seguridad de la víctima, o incluso, al igual que en las resoluciones judiciales, la anonimización, con el fin de preservar su

²¹⁴⁶ En el caso español, se ha regulado a través del ya citado Acuerdo del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 2015. En el caso europeo hemos empezado a ver cómo la jurisprudencia del TEDH también se ha inclinado a favor de la no revelación de información personal que pueda afectar negativamente a ciertos colectivos. A modo de ejemplo, debemos citar los asuntos *Gaskin v. the United Kingdom*, STEDH de 7 julio de 1989 y, más recientemente, *Aleksey Ovchinnikov v. Russia*, STEDH de 16 de diciembre de 2010, y *P. and S. v. Poland*, STEDH de 30 de octubre de 2012.

²¹⁴⁷ Son desconcertantes las medidas a las que algunas víctimas de violencia de género han tenido que recurrir (como la técnica del *couch surfing*). Vid., para más ejemplos, RED NACIONAL PARA ELIMINAR LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: *Por Qué la Privacidad y la Confidencialidad son Importantes para Víctimas de la Violencia Doméstica y Sexual*, Tech Safety-NNEDV, 2018. Disponible en: <https://www.techsafety.org/por-qu-la-privacidad-son-importantes>

identidad. Ahora bien, consideramos que una solución de compromiso entre la protección de datos, la protección y seguridad de las víctimas de violencia de género y el cumplimiento de principios básicos del funcionamiento de un Estado democrático y de Derecho sería el reforzamiento de un derecho al olvido digital en tales circunstancias en las que no sólo observamos cómo las migajas digitales hacen posible un rastro tanto virtual sino también uno físico, que puede condenarlas a la muerte; el derecho al olvido actuaría como una suerte de muerte digital para prevenir la real.

Recordemos que el derecho al olvido digital no elimina la información de la fuente original (en este caso, un boletín oficial), pero sí elimina el hipervínculo o enlace, es decir, hace posible la desindexación de contenidos del índice de resultados de los motores de búsqueda a raíz de una búsqueda nominativa (tanto del buscador del propio boletín como los de Internet). Además, el ejercicio del derecho al olvido digital, tal y como lo concibió la doctrina jurisprudencial europea en el asunto *Google Spain*, debe ser ponderado con otros intereses legítimos del público en general (de acceder a dicha información) y del responsable que la trata. No obstante, este equilibrio o ponderación se basa en una serie de factores, según el TJUE: naturaleza y relevancia de la información, su carácter sensible y los efectos para la vida privada del interesado y el interés público en disponer de dicha información, entre otros. En lo que nos interesa en el supuesto concreto de víctimas de violencia de género, observamos que la información no sólo se clasifica como una categoría especial de datos de carácter personal, sino que, además, su acceso y disponibilidad (por el público en general y por su agresor en particular) implica serios riesgos para la integridad física y moral de la afectada. Quizás por ello hay cierto acuerdo entre la doctrina de que esta facultad por parte de la víctima, y subsiguiente deber del responsable del tratamiento, sea automática para el caso de víctimas de violencia de género reconocidas institucional o judicialmente, habiéndose aludido a la necesidad de diseñar un Estatuto Jurídico especial sobre el tratamiento de datos de este colectivo²¹⁴⁸. La aplicación concreta del derecho al olvido como garantía efectiva la analizaremos a la luz de dos casos concretos de violencia (digital) de género.

En este orden de cosas, muchos de los actos que calificamos en su momento como exponentes de la brecha digital por razón de género no son más que ejemplos de un fenómeno más amplio, o si se prefiere, una concreción de la violencia de género,

²¹⁴⁸ Martínez Martínez, Lloria García y Belando Garín citados por SÁNCHEZ, L.J.: “¿Cómo garantizar la seguridad de las víctimas de violencia...*op.cit.*”

caracterizado por el uso de las NTIC como herramientas para cometer, facilitar o agravar agresiones y abusos de índole sexual, comúnmente llamado “violencia sexual facilitada por la tecnología” (*technology-facilitated sexual violence*)²¹⁴⁹. Algunos autores han criticado el uso de este concepto o de términos como la ‘ciberviolencia’ o ‘violencia digital’ por considerar que el énfasis en la tecnología desvía el foco de atención del debate y apunta al medio utilizado en lugar del problema subyacente de desigualdad de género. Como ya hemos aludido a lo largo de este apartado, no es sólo la rapidez y facilidad de acceder a la información confiada (sea de manera consciente, inconsciente o sin consentimiento) en la Red, o la incorporación de cámaras externas de alta definición en los dispositivos móviles, sino también la amplia participación en las redes sociales, así como la falta de sensibilización en materia de género que han contribuido a la comisión de actos violentos, sean de índole psicológica o física, que, en el caso concreto de las mujeres, han tendido a reforzar estereotipos y dobles estándares²¹⁵⁰ y a materializarse a través de actos de índole sexual.

En tal línea, examinaremos con más detenimiento dos situaciones concretas de este tipo de violencia contra las mujeres cuya agresión, en sí misma, ya supone una situación traumática, pero debido al perfeccionamiento de las NTIC, este asalto a la dignidad e integridad se intensifica, produciendo un TEPT digital con graves repercusiones psicológicas y haciendo el camino a la recuperación un imposible para aquellas que las sufren: a saber, las víctimas de la pornografía vengativa y víctimas de violencia sexual cuyas agresiones o abuso ha sido grabado y distribuido por la Red (“víctimas de violencia sexual digitalizada”, en adelante). Al igual que las víctimas de ciberacoso, la falta de consentimiento para la divulgación a terceros de datos personales que les concierne e imágenes íntimas es uno de los elementos que ponen a estos dos grupos de víctimas en una situación de vulnerabilidad, aunque también examinaremos el papel de los principios

²¹⁴⁹ *Id.*, p. 397; POWELL, A., y HENRY, N.: “Technology-facilitated sexual violence victimization: Results from an online survey of Australian adults”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 34, núm. 17, 2016, pp. 3637–3665; y DROUIN M., ROSS J. y TOBIN E.: “Sexting: a new, digital vehicle...*op.cit.*, p. 197.

²¹⁵⁰ *Vid.* WOOD, M. BARTER, C., STANLEY, N., AGHTAIE, N. y LARKINS, C.: “Images across Europe: The sending...*op.cit.*, p. 159; y RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S., y HARVEY, L.: *A qualitative study...op.cit.*, pp. 7 y 45-47: “Encontramos evidencia considerable de un doble estándar arcaico, por el cual los niños sexualmente activos deben ser admirados[...]mientras que las niñas sexualmente activas son denigradas y despreciadas [...] Esto crea riesgos específicos de género donde las niñas no pueden hablar abiertamente sobre actividades y prácticas sexuales [...] con graves repercusiones para la autoestima de las mujeres y niñas en sus relaciones presentes y futuras” (traducción propia).

de protección de datos en el tratamiento de este tipo de información especialmente sensible.

Ahora bien, antes de analizar en profundidad estas dos cuestiones a la luz de los riesgos tecno-digitales y las respuestas jurídicas disponibles por parte de la normativa europea de protección de datos (así como la concreta garantía del derecho al olvido como uno de los mecanismos para revertir dicha vulnerabilidad), resulta pertinente, al menos, efectuar un breve análisis genérico sobre las consecuencias que tiene la violencia de género, en general, y su concreta plasmación en el terreno digital, siendo estas fundamento para el necesario ejercicio del derecho al olvido como garantía de la recuperación del trauma. A estos efectos, la violencia de género, sea en su faceta psicológica o física, se ha asociado a una serie de efectos negativos para la salud mental de sus víctimas, clasificados como “resultados indirectos”, incluidas enfermedades crónicas y trastornos tales como el ya estudiado TEPT, depresión, ansiedad y tendencias autolesivas o suicidas. De hecho, parece haber suficientes estudios que demuestran que la violencia psicológica aumenta considerablemente el riesgo de padecer esta sintomatología, a corto y largo plazo, siendo el TEPT y la depresión los trastornos más comúnmente identificados²¹⁵¹.

Con independencia de la naturaleza concreta del acto, se ha demostrado que la violencia sexual, en general, y la facilitada por los avances tecno-digitales, en particular, tienen repercusiones todavía más graves para el bienestar emocional y psicosocial de aquellas mujeres que la sufren. La recuperación de los síntomas asociados a este tipo de violencia puede verse obstaculizada por encuentros crónicos con una variedad de factores ecológicos estresantes²¹⁵², que ahora se ven ampliados por el cosmos virtual. Estas experiencias, en su inmensa mayoría, ya producen, de por sí, depresión, ansiedad, estrés y TEPT²¹⁵³, pero sus efectos devienen todavía más graves cuando median las NTIC, pues

²¹⁵¹ MECHANIC, M.B., WEAVER, T.L., y RESICK, P.A.: “Mental Health Consequences of Intimate Partner Abuse. A Multidimensional Assessment of Four Different Forms of Abuse”, *Violence Against Women*, Vol. 14, núm. 6, 2008, pp. 635-638; SANTAULARIA J., JOHNSON M., HART L., HASKETT L., WELSH E., y FASERU B.: “Relationships between sexual violence and chronic disease: a cross-sectional study”, *BMC Public Health*, Vol. 14, 2014, p. 1291; y, el año pasado, en LEONE, M., LAPUCCI, E., DE SARI, M., DAVOLI, M., FARCHI, S. y MICHELOZZI. P.: *Social network analysis...op.cit.*, p. 495.

²¹⁵² MECHANIC, M.B., WEAVER, T.L., y RESICK, P.A.: “Mental Health Consequences...op.cit.”, p. 648.

²¹⁵³ Calificándose como “evento traumático con efectos potencialmente devastadores de por vida sobre la salud física y mental”. *Vid.* SANTAULARIA J., JOHNSON M., HART L., HASKETT L., WELSH E., y FASERU B.: “Relationships between sexual violence and chronic disease...op. cit.”, p. 1286. Para un listado completo de la potencial y variada sintomatología, *vid.* OMS: *Respuesta a la violencia de pareja y a la violencia sexual contra las mujeres Directrices de la OMS para la práctica clínica y las políticas*, OMS, Italia, 2013, p. 19.

al permanecer el evento traumático en la Red se enraízan más las secuelas emocionales del trauma²¹⁵⁴. Como han apuntado algunos autores, la presión social o coerción, en lo que se refiere, por ejemplo, al *sexting* o a la sextorsión, no sólo tiene repercusiones negativas (*negative sentiments*) sobre el colectivo femenino que participa²¹⁵⁵, sino que existe significativamente más trauma al recordar el evento traumático y mirar en retrospectiva que el producido en el momento en el que ocurrieron los acontecimientos en sí, concluyendo que la ansiedad que genera la potencial disponibilidad o divulgación a terceros de imágenes de contenido sexual constituye en sí misma un gravamen adicional²¹⁵⁶. Por ello, a continuación trataremos dos ejemplos paradigmáticos de este tipo de violencia, que reúnen los elementos constitutivos de un delito de revelación de secretos.

Como ya hemos visto, la sociedad contemporánea y la cultura digital se han caracterizado en los últimos años por la gratificación instantánea y la sobre-estimulación audiovisual (desde la más inocente *reality tv*, hasta el problemático voyeurismo). Por añadidura, al igual que se habla de una suerte de “cultura de la violación”²¹⁵⁷ para referirse a las normas y actitudes sociales ampliamente aceptadas que toleran, normalizan o minimizan la violencia sexual contra las mujeres, también se puede hablar de una suerte de cultura de violencia sexual digitalizada. La compleja interacción entre los factores sociales, culturales y tecnológicos permite entender la naturaleza y prevalencia de conductas relacionadas con la creación, visualización e intercambio de contenido audiovisual de naturaleza sexual. Según Powell y Henry:

“Este problema representa un desafío contemporáneo significativo debido a la facilidad con la que se crean, cargan y descargan imágenes (videos y fotografías), las dificultades para eliminar estas imágenes una vez que están en línea y la

²¹⁵⁴ MECHANIC, M.B., WEAVER, T.L., y RESICK, P.A.: “Mental Health Consequences...*op.cit.*, p. 643.

²¹⁵⁵ BARTER, C., STANLEY, N., WOOD, M., LANAU, A., AGHTAIE, N., LARKINS, C. y ØVERLIEN, C.: “Young People’s Online and Face-to-Face Experiences of Interpersonal Violence and Abuse and Their Subjective Impact Across Five European Countries”, *Psychology of Violence*, Vol. 7, 2017, pp. 375-384; y WOOD, M. BARTER, C., STANLEY, N., AGHTAIE, N. y LARKINS, C.: “Images across Europe: The sending...*op.cit.*, p. 158: “around half of girls reported a negative impact after sending a sexual image. In fact twice as many girls compared to boys in these country samples reported a negative impact, demonstrating that the experience of sending sexual images is indeed gendered [...] sharing of sexual images by partners may have a strong influence over the negative sentiments associated with sending sexual images for girls”.

²¹⁵⁶ *Id.*, p. 151.

²¹⁵⁷ *Id.*, p. 79.

variedad de plataformas que popularizan y apoyan el comercio de imágenes íntimas no consensuadas”²¹⁵⁸.

Cuando hablamos de víctimas de violencia sexual digitalizada, nos referimos a la perversa práctica de grabar y divulgar agresiones o abusos sexuales sin el consentimiento de la afectada. La grabación y posterior distribución de cualquier forma de violencia sexual es un fenómeno en auge, hecho posible en gran parte por la expansión y perfeccionamiento de las NTIC. Antaño, los asaltos a la dignidad de la mujer se limitaban a instancias de contacto directo entre el perpetrador y su víctima, pero hoy en día, las mujeres son más accesibles que nunca y a veces, su victimización sexual está a un solo clic, y esta tiene que soportarlo repetida y perpetuamente ante una Red que no olvida. Desafortunadamente, vivimos en una época en la que no hay semana que no escuchemos noticias acerca de incidentes relacionados con la publicación o circulación de imágenes o videos relativos a las atrocidades que sufren, a diario, mujeres y niñas.

Las llamadas “manadas”, por ejemplo, aunque muy presentes en los medios periodísticos de los tiempos actuales, desafortunadamente no son fenómenos sociales y delictivos recientes, pudiéndonos remontar al primer caso mediático de este tipo: el que, de haber ocurrido hoy en día sería llamado ‘La Manada de Werribee’, localizada en un pueblo pequeño de Melbourne (Australia) en 2006, pero que pasó a la historia como el “incidente del DVD de Werribee”²¹⁵⁹. Existe, desde luego, una tendencia preocupante en la que las NTIC se utilizan como herramienta para el abuso, intimidación y control de las mujeres²¹⁶⁰. En este tipo de fenómeno, el trauma es doble y las posibilidades de re-victimización aumentan considerablemente. Por un lado, la mujer no sólo se encuentra envuelta en un acto sexual no consentido, sino que este, seguidamente, se difunde, de nuevo sin su consentimiento, por la mensajería instantánea de sus agresores, u otras aplicaciones digitales o la propia Red, perdiendo toda su intimidad y toda capacidad de control sobre la información que le concierne vertida en los recovecos digitales (desde su

²¹⁵⁸ *Id.*, p. 117.

²¹⁵⁹ Así al menos ha pasado a la historia, según: https://en.wikipedia.org/wiki/Werribee_DVD_incident ; *Vid.*, por todas las noticias periodísticas, ROBINSON, N.: “Assault DVD suspects may all face charges”, *The Australian*, 09-11-2006. Disponible en: www.theaustralian.news.com.au/story/0,20867,20642653-5006785,00.html

²¹⁶⁰ *Vid.*, LARRÁYOZ SOLA, I.: “La amenaza de difundir un vídeo es intimidación típica de la agresión sexual: STS 432/2018, de 28 septiembre 2018”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2018. Además, Powell y Henry nos proporcionan numerosos y tristes ejemplos a nivel mundial: desde las violaciones en grupo en Ohio (EE. UU.) en 2012 de una niña de 16 años inconsciente que fue compartido por las redes sociales, hasta similar situación en 2016 en Río de Janeiro (Brasil). *Vid.* POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 117.

nombre hasta su imagen). De hecho, existen individuos que revelan información personal de estas víctimas y difunden intencionadamente contenidos comprometidos, lo que algunos han calificado como “manadas virtuales”²¹⁶¹.

En el caso de las víctimas de pornografía vengativa, encontramos una situación similar. Si bien la información personal de contenido íntimo o sexual²¹⁶² suele cederse, en su origen, con el consentimiento de la víctima, es la difusión no consentida a terceros la que resulta problemática; suele enmarcarse en el contexto de la ruptura de una relación íntima, y así, se concibe como práctica vengativa (de ahí su nombre estadounidense, *revenge porn*) o práctica de extorsión, demandando cualquier tipo de acto u omisión para no ponerlas a disposición del público, aunque no siempre es el caso²¹⁶³. En este sentido, algunos consideran más apropiado hablar de “abuso” o “explotación sexual basada en imágenes”²¹⁶⁴. Las últimas cifras demuestran que, por ejemplo en Facebook, se denuncian 54.000 casos al mes relativos a este tipo de conducta²¹⁶⁵. Quizás lo que hace esta conducta tan horrenda no es solo “la invasión terrible de la intimidad sexual y el espacio personal” sino también que “en la mayoría de los casos se ha llevado a cabo por quien en su día fue un ser querido y una persona de confianza” (traducción propia)²¹⁶⁶. Aquí, a pesar de no haber dos actos traumáticos seguidos, pues, en principio, la fotografía o video provocativa o representando un acto de índole sexual en su origen se realizó y se envió mediando

²¹⁶¹ RENDUELES, L.: “Un vecino de Barcelona seguidor de la Legión difundió los datos y la foto de la víctima de ‘La manada’”, *El Periódico*, 22-10-2018. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20181022/vecino-barcelona-seguidor-legion-difundio-datos-fotos-victima-manada-7103178>

²¹⁶² Suelen ser fotografías enviadas, mediante la práctica del sexting, y varían desde contenidos sugestivos o provocativos hasta desnudez total o parcial, seguida de otros datos personales además de la imagen, tales como el nombre, el correo o el usuario en las redes sociales o su teléfono móvil. *Vid.* WALKER, K., y SLEATH, E.: “A systematic review of the current knowledge regarding revenge pornography and non-consensual sharing of sexually explicit media”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 36, 2017, p. 9.

²¹⁶³ Aunque, como acertadamente apuntan algunos autores, el porno vengativo no necesariamente se hace como práctica vengativa ni por parte de una persona conocida: “*The perpetrator is often an ex-partner who obtains images or videos in the course of a prior relationship, and aims to publicly shame and humiliate the victim, in retaliation for ending a relationship. However, perpetrators are not necessarily partners or ex-partners and the motive is not always revenge. Images can also be obtained by hacking into the victim’s computer, social media accounts or phone, and can aim to inflict real damage on the target’s ‘real-world’ life*”. *Vid.* INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO, *Cyberviolence against women...op.cit.*, p. 2.

²¹⁶⁴ POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave...*op.cit.*, p. 118; y MCGLYNN, C., RACKLEY, E. y HOUGHTON, R.: “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 25, 2017, pp. 25-46.

²¹⁶⁵ OTTO, C.: “El infierno de la ‘sextorsión’: Mi exnovio llenó internet de fotos mías desnuda”, *El Confidencial*, 03-07-2017. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-07-03/sextorsion-porno-vengativo-porn-revenge-delitos_1406269/

²¹⁶⁶ BATES, S.: “Revenge porn and mental health: A qualitative analysis of the mental health effects of revenge porn on female survivors”, *Feminist Criminology*, Vol. 12, 2016, p. 38.

consentimiento por parte de la mujer, la divulgación posterior (y su imparable viralización) es igualmente una injerencia ilegítima en sus derechos personalísimos, en especial el derecho a la intimidad y a la protección de datos, y se asocia también a niveles altos de síntomas psiquiátricos tales como TEPT, depresión, ansiedad, neurosis, trastornos del sueño, bajos niveles de autoestima, desconfianza en las personas y en la tecnología, sentimientos de vergüenza y autoculpa, etc.²¹⁶⁷. Algunos estudios incluso han demostrado que los efectos para la salud mental de aquellas que lo sufren vienen a ser idénticos a los de las víctimas de agresiones sexuales²¹⁶⁸.

Aunque no cabe duda de que estas prácticas ponen a las mujeres en una situación de especial vulnerabilidad, debemos recordar que esta difiere de la resiliencia; la primera consiste en un estado de elevada exposición a determinados riesgos y la segunda se define como la capacidad de responder ante situaciones de indefensión y dependerá, en gran medida, de los recursos o respuestas disponibles frente a los factores agravantes de su estado de vulnerabilidad. En lo relativo a la capacidad disminuida para protegerse o defenderse de los factores negativos extrínsecos, si bien “la resiliencia cuenta con variables que pueden actuar como un amortiguador” para las mujeres víctimas de estos delitos, tales como el “apoyo social”, la “autoestima” o el “control percibido”²¹⁶⁹ sobre su propia vida o su información de carácter personal, no cabe duda que la propia naturaleza aperturista y expansiva de las NTIC anula prácticamente toda capacidad de respuesta y amplía los espacios de indefensión y rechazo social; siendo para muchas una carga emocional a la que no pueden hacerle frente, quitándose, finalmente, la vida para poner fin a su humillación y sufrimiento²¹⁷⁰. Por otro lado, encontramos que la presión que soportan ambos tipos de víctimas para olvidar su agresión no sólo se debe al estigma

²¹⁶⁷ WALKER, K., y SLEATH, E.: “A systematic review...*op.cit.*, pp. 20-21; CRIPPS, J.: *Forms of technology-facilitated sexual violence and university women's psychological functioning*, Tesina de Máster, Universidad de Toronto, Toronto, 2016, p. 18; y STAUDE-MÜLLER, F., HANSEN, B. y VOSS, M.: “How stressful is online...*op.cit.*, p. 263.

²¹⁶⁸ WALKER, K., y SLEATH, E.: “A systematic review...*op.cit.*, pp. 21-22; y BATES, S.: “Revenge porn and mental health...*op.cit.*, pp. 39-40: “sexual assault survivors report that the loss of control over their bodies and their own sexual agency contributes to their feelings of stress, anxiety, and distress. The loss of control participants in the present study experienced contributed to feelings of anxiety and despair, and was a major facet of why revenge porn was so violating”.

²¹⁶⁹ SNAYCHUK, L. A., y O'NEILL, M. L.: “Technology-facilitated sexual violence...*op.cit.*, p. 4.

²¹⁷⁰ Recordemos los casos mediáticos a nivel europeo. *Vid.*, por todos, el caso español e italiano. DURÁN, L.F., FERNÁNDEZ GARCÍA, S. y NÚÑEZ VILLAVEIRÁN, L.: “Una empleada de Iveco se suicida tras viralizarse en la empresa un vídeo sexual”, *ELMundo*, 29-05-2019. Disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2019/05/28/5ced493efdddfffb0758b48fb.html>; y BBC News “Four questioned in Italy after woman's suicide over sex video”, *BBC News: Europe*, 15-09-2016. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-37377286>.

y humillación asociados al mismo²¹⁷¹, sino también a evitar que la filtración pública de su intimidad conlleve la justificación del delito o dibuje perfiles que las etiqueten como principales o únicas responsables de su desgracia. Quizás por ello se ha defendido que las mujeres como víctimas de violencia (nosotros añadimos en lo que se refiere a las víctimas de ciberviolencia sexual) son las que sufren un menoscabo superior en sus derechos personalísimos en lo que se refiere al tratamiento de su información personal²¹⁷².

Además de los daños psicológicos asociados a este fenómeno, las víctimas de este tipo de ciberviolencia sexual sufren diversos daños irreparables que afectan a su vida personal y, sobre todo, profesional. Relaciones y familias quedan destrozadas y los medios de subsistencia en ocasiones se ven comprometidos. No son pocos los casos en los que se ha recurrido a despidos disciplinarios por culpa de fotos que se han publicado o distribuido por las redes sociales sin el consentimiento de la afectada²¹⁷³. En efecto, como hemos dicho en varias ocasiones, la universalización y perennidad de la Red no solo dificulta sino que, en determinadas circunstancias, imposibilita la capacidad de desprenderse de eventos pasados y traumáticos.

Ante dichas inquietudes, las propias mujeres y niñas, como principales afectadas²¹⁷⁴, han tomado medidas drásticas y extremas para intentar defenderse ante los peligros que trae consigo el círculo vicioso de la brecha digital por razón de género, y su concreta plasmación a través de la violencia sexual facilitada por las NTIC. Entre estas medidas cabe destacar estrategias tales como la evasión en la participación de actividades cotidianas, digitales y sociales por motivos de seguridad y vergüenza, eliminación de cuentas en plataformas virtuales y redes sociales, autocensura o limitación de sus interacciones o formas de expresar su libertad sexual en las relaciones personales y sociales por vía electrónica, entre otras.

El acceso a cierta información personal, sobre todo aquella prevista para ser visualizada en el exclusivo contexto de una relación íntima, que la vincula, en el actual paradigma tecno-digital, eternamente con un nombre, un usuario y una serie de enlaces, perpetúa el trauma de estas mujeres, prolonga el duelo, cercena su libre desarrollo en

²¹⁷¹ BATES, S.: “Revenge porn and mental health...*op.cit.*, p. 26.

²¹⁷² SERRA CRISTÓBAL, R.: “Los derechos de la víctima...*op.cit.*, p. 199.

²¹⁷³ LEE, N.: *Facebook Nation: Total Information Awareness...op.cit.*, p. 234; y JACOBO, J.: “New York teacher allegedly fired over topless selfie threatens to sue school”, *ABC News*, 02-04-2019. Disponible en: <https://abcnews.go.com/US/york-teacher-allegedly-fired-topless-selfie-threatens-sue/story?id=62114085>

²¹⁷⁴ STAUDE-MÜLLER, F., HANSEN, B. y VOSS, M.: “How stressful is online...*op.cit.*, p. 267.

sociedad y hace de la recuperación a menudo un imposible. Por ello, es necesario un mecanismo efectivo que permita a estas mujeres no quedar atrapadas en un túnel Funesiano en el que el recuerdo del evento traumático se convierta en “fantasma obsesivo” o “arma arrojadiza vengativa”²¹⁷⁵. Este mecanismo no es otro que el derecho al olvido, como garantía de una ‘evitación’ (ya no cognitiva ni social, sino digital); este jugaría un papel importante no sólo en el restablecimiento del control de este colectivo sobre su propia información personal (de carácter íntimo, además) y como mecanismo de empoderamiento socio-digital, sino también como herramienta para el alivio del trauma constante que supone tener un rastro digital eterno e incesante de la Red y para poder llegar más fácilmente a una recuperación psico-emocional, sin tener que tomar medidas tan drásticas como cambiarse su nombre, usuario o desaparecer de las redes sociales y servicios digitales.

Recordemos que, a nivel europeo, contamos con dos instrumentos normativos en materia de protección de datos, que reconocen, en su concreto ámbito de su aplicación, un derecho al olvido. En materia de cooperación policial y judicial en el ámbito penal, es decir, cuando la víctima denuncia, contamos con la Directiva Policial, que no sólo hace referencia a la protección de colectivos en situación de especial vulnerabilidad frente a riesgos y daños psicológicos del proceso²¹⁷⁶ (entre los que indudablemente incluimos a las víctimas de ciberviolencia sexual), sino que también presenta, como principal objetivo, encontrar el equilibrio entre la libre circulación de datos de carácter personal y el derecho fundamental a la protección de datos. Al igual que con las víctimas de violencia de género, en el caso de víctimas de violencia de género sexual y digitalizada, la norma obliga a garantizar un nivel de seguridad y confidencialidad de los datos que se traten, e incluye el derecho de supresión cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recabados en su origen, o, en su defecto, el derecho a la limitación del tratamiento²¹⁷⁷.

En lo que se refiere específicamente al derecho al olvido, observamos que la norma lo contempla en su faceta de derecho de supresión, para el que encontramos un par de supuestos habilitadores: cuando la supresión sea una obligación legal y cuando el tratamiento se haya realizado vulnerando cualquiera de los principios de protección de

²¹⁷⁵ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y CRUZ-SÁEZ, M.S.: “De ser víctimas a dejar de...*op. cit.*, p. 93.

²¹⁷⁶ *Vid.* Considerandos 39, 50 y 75 del RGPD.

²¹⁷⁷ *Vid.* arts. 16.3 in fine y 16.4 de la Directiva Policial.

datos, siendo, por ende, ilícito²¹⁷⁸. No obstante, es de sobra conocido que, ante delitos como son los adscritos a este tipo de ciberviolencia, las autoridades competentes, fuera de lo que son medidas de investigación tecnológicas que ellos mismos como responsables del tratamiento garantizan que se realicen acorde con la normativa de protección de datos²¹⁷⁹, aseguran también, como medida cautelar, el bloqueo o la prohibición de seguir difundiendo el contenido dañoso. Tal y como nos recuerdan algunos autores, el objetivo es evitar que se siga produciendo un daño a la víctima, agravando el ya estudiado síndrome postraumático digital, siendo ambas consecuencias lesivas y continuadas del delito²¹⁸⁰. No obstante, con independencia de que la víctima de este tipo de violencia denuncie su agresión u abuso sexual o tecnológico, y ello devenga, o no, en un proceso judicial, el responsable del tratamiento, sea una red social o un motor de búsqueda, también estará obligado a la supresión o a la desindexación, si así lo solicita la víctima, cuando se dé uno de los supuestos que contempla el art. 17 RGPD.

Así, fuera del contexto policial y judicial, debemos, en primer lugar, hablar de la falta de consentimiento como uno de los títulos habilitantes para ejercer el derecho al olvido, en cualquiera de sus facetas, pues el principio del consentimiento determina la licitud del tratamiento²¹⁸¹, por lo que la vulneración del mismo resultará en un tratamiento ilícito. El derecho al olvido, directamente ligado con el consentimiento, actúa como mecanismo de empoderamiento y autodeterminación en el control de los datos de carácter personal, y como garantía para eliminar o impedir el acceso y utilización sucesiva de datos personales, precisamente cuando su tratamiento deja de estar (o, como en este caso, nunca estuvo) autorizado por el interesado (art. 17.2 RGPD). Las víctimas de ciberviolencia sexual no tienen por qué soportar la omnipresencia de sus datos personales (sea su imagen, su nombre, o cualesquiera otra información identificativa) en la Red, sobre todo cuando no existe interés alguno, o suficiente, que justifique su permanencia.

²¹⁷⁸ Vid. art. 16.2 de la Directiva Policial.

²¹⁷⁹ Ello incluye, pero no se limita a, interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones, captación de imagen seguimiento y localización, registro de dispositivos o equipos...Vid., en tal sentido, PALOP BELLOCH, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia...op.cit.* pp. 129-166.

²¹⁸⁰ MORENO CATENA, V.: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 309-311; y DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015, pp.409-412.

²¹⁸¹ Se consagra como premisa para la licitud y legitimación del tratamiento según lo establecido en el art. 6.1(a) RGPD.

En efecto, al igual que las víctimas del acoso cibernético, la falta de condición de personaje público de la víctima y la falta de necesidad de revelar su identidad o contenidos tan sensibles como el video de su agresión o su nombre completo, DNI, o los usuarios de las cuentas digitales que poseía, a pesar de quizás ser un hecho noticiable o de interés periodístico, hace que el tratamiento de estos datos personales se considere desproporcionado y excesivo. Este fue el caso, en España, de la filtración de los datos personales de la víctima de la Manada de Pamplona, y Google, como motor de búsqueda y responsable del tratamiento, aplicó el derecho al olvido digital, eliminando los enlaces y su localización en su página de resultados tras una búsqueda nominativa²¹⁸². Según otras fuentes, los demás buscadores populares en España tardaron más en hacer desaparecer su rastro, lo que supuso, según la herramienta ‘Google Trends’ (que cuantifica el interés que registra la búsqueda de un término concreto) implica que, en cuestión de 24 horas, la popularidad máxima de su nombre fuera del cien por cien²¹⁸³. Ello no sólo produjo una revictimización tan grave que la obligó a someterse a diferentes tratamientos psicológicos, sino también al abandono de sus estudios y la huida al extranjero²¹⁸⁴. Por ello, compartimos las reflexiones de Verda y Beamonte en lo que se refiere a la protección absoluta del anonimato de víctimas de delitos gravemente atentatorios contra la dignidad (en los que incluye los delitos sexuales y la violencia contra la mujer) y en sus reflexiones acerca de la proyección social no habitual (sino que es forzada por su condición de víctima en un proceso judicial mediático) en lo que atañe a su identificación; se trata de una identificación que califica de intolerable “*ya que la revelación de su identidad no era necesaria para informar a la sociedad del suceso*”²¹⁸⁵.

²¹⁸² Vid., por todas las noticias, CASTRO, N: “Google borra los datos filtrados de la víctima de ‘La Manada’”, *El Plural*, 04-05-2018. Disponible en: <https://www.elplural.com/sociedad/google-borra-los-datos-filtrados-de-la-victima-de-la-manada-127319102> (“Tras la filtración y difusión en webs como Forocoches de datos de la víctima de La Manada, Google ha anunciado que borrará cualquier información que pueda permitir que esta mujer sea identificada. Para ello, tras recibir una denuncia o petición externa, el buscador aplicará ‘el derecho al olvido’. Google dejará de mostrar enlaces que lleven hasta fotografías e, incluso, el nombre y los apellidos de la víctima de la violación de los cinco jóvenes de La Manada, unos datos que se publicaron en diferentes fotos como son Forocoches o Burbuja.info”).

²¹⁸³ EL CONFIDENCIAL: “Google borra las pistas que permiten identificar a la víctima de ‘La Manada’”, *El Confidencial*, 04-05-2018. Disponible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/vivir/Google-permiten-identificar-victima-Manada/20180503174719089349.html>

²¹⁸⁴ LOZANO, V.: “Un ultraderechista, acusado por difundir una foto de la víctima de ‘La manada’ tomada durante la violación”, *El Periódico*, 21-08-2019. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20190821/ultraderechista-acusado-difundir-foto-victima-la-manada-violacion-7599930>

²¹⁸⁵ DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6 (febrero), 2017, pp. 282-284.

De hecho, damos un paso más. Por un lado, proponemos el derecho al olvido como mecanismo para prevenir la victimización secundaria y evitar intromisiones indebidas a su intimidad, pues funciona como mecanismo de eliminación y de disociación de los recuerdos del evento traumático (o en sí, del propio evento), y, por ende, como herramienta para el mantenimiento del equilibrio emocional. Por otro, consideramos que la excepción periodística que contempla la regulación del derecho al olvido en el art. 17.3(a) RGPD no es aplicable en estos supuestos puesto que, como apuntábamos en el caso de víctimas del terrorismo, la necesidad de informar sobre la identidad de la víctima que sufre un suceso violento de trascendencia social no supera el examen de proporcionalidad, y, en muchas ocasiones, dicha revelación y divulgación de información personal nutre más la satisfacción de la curiosidad mórbida y produce juicios mediáticos y sociales paralelos²¹⁸⁶. Así, al igual que se debe mirar la naturaleza del delito, también debe mirarse la situación especial de la víctima que sufre sus consecuencias, y, ante la duda, en la era digital actual, ofrecerle las mayores garantías a su intimidad y su derecho fundamental a la protección de datos, que no tienen otro objetivo que garantizar su seguridad y dignidad.

En el caso de las víctimas de violencia sexual digitalizada, nos encontramos con doble fundamento, pues ni el acto sexual fue consentido ni el material audiovisual fue grabado con su consentimiento (y mucho menos lo fue su difusión). En el caso de las víctimas de pornografía vengativa, si bien el material audiovisual fue grabado y compartido mediando consentimiento, su distribución a terceros o su publicación en abierto en la Red no lo fue. A tal efecto, las redes sociales contemplan la supresión de contenidos de esta índole en sus directrices internas y normas de la red social. En lo que nos interesa, Facebook, por ejemplo, tiene como política interna (así al menos consta en su 'libro de normas' sobre las publicaciones que permite en su red social) eliminar: (i) contenidos que van en contra de la seguridad personal, es decir, que produzcan riesgo de daños físicos, emocionales o financieros (*Safety*), incluyendo imágenes de violencia sexual en adultos, explotación sexual de menores (tal y como imágenes de menores desnudas o semi-desnudas) o cualquier otro tipo de imagen no consentida por la persona afectada (*Privacy Violations and Image Privacy Rights*); o (ii) contenidos considerados ofensivos (*Objectionable content*) tales como aquellos que glorifican la violencia, desnudez y actividad sexual en

²¹⁸⁶ Recordemos las palabras de Serra Cristóbal cuando hablaba del “afán voraz del público por acceder a cualquier detalle” y a los “juicios paralelos” o “transformación del proceso mismo en una especie de espectáculo informativo”. Vid. SERRA CRISTOBAL, R.: “Los derechos de la víctima...*op.cit.*,”

adultos y contenidos que consideren crueles e insensibles, incluidos aquellos dirigidos a víctimas de daños físicos o emocionales²¹⁸⁷. Facebook se basa en denuncias de este tipo de contenido (*flagged content*) y simultáneamente hace uso de sistemas de Inteligencia Artificial y equipos de revisores para una identificación y ejecución más eficaz de sus estándares comunitarios.

Sin embargo, si bien es cierto que, en ocasiones, esto ha supuesto la eliminación de contenidos inofensivos o necesarios para el debate público, lo que ciertas voces críticas han calificado como censura²¹⁸⁸, también es verdad que la plataforma ha proporcionado un recurso de revisión en caso de no estar de acuerdo con la decisión de supresión. Así, en el caso de que el solicitante vea acogida su petición, la plataforma restaurará la publicación, foto o video correspondiente. Consideramos esta práctica como protectora de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia de género digital y articuladora del principio *favor libertatis*, pues, como hemos visto, la eliminación de contenidos publicados en servicios digitales es reversible, mientras que la reputación y salud mental de aquellas que sufren la publicación y distribución de contenido tan nocivo no lo es; estas personas (mujeres en su mayoría) no pueden permitirse el error de que sus datos personales e imágenes tan comprometidas, fueran consentidas o no en su origen, queden universal e ilimitadamente accesibles.

Así también parecen haberlo entendido las agencias nacionales independientes de protección de datos para estos fenómenos concretos de ciberviolencia sexual. De hecho, en numerosas ocasiones han tenido que intervenir y colaborar con las autoridades judiciales y policiales para evitar mayor disponibilidad y accesibilidad a este tipo de contenidos. Por citar el caso español, la AEPD el año pasado inauguró un espacio web de ayuda a la protección de la privacidad de las víctimas de ciberviolencia de género en el contexto de acoso digital, sextorsión o pornografía vengativa. Ello incluye no sólo información práctica para proteger su privacidad, qué servicios están a su alcance y cómo proceder, sino también, y en lo que concierne al tema objeto de estudio, facilitar y expedir los procedimientos de retirada urgente de contenidos sexuales o violentos,

²¹⁸⁷ FACEBOOK: *Community Standards*, Facebook, 2018. Disponible en: <https://www.facebook.com/communitystandards/>

²¹⁸⁸ HERNÁNDEZ BORBOLLA, M.: “Censura y control de internet: ¿qué poder y alcance tienen Facebook, Google y Twitter?”, *RT*, 17-09-2019. Disponible en: <https://actualidad.rt.com/actualidad/327362-censura-control-internet-poder-redes-sociales>

difundidos ilícitamente tras su comunicación²¹⁸⁹. Como la propia AEPD destaca en lo que concierne a su servicio específico de examen de solicitudes de retirada de contenidos distribuidos en la red:

“Nuestra imagen, tanto las fotos y videos [...] es un dato personal y para su difusión en los diferentes servicios de internet debe existir nuestro consentimiento u otra base legal. La Agencia [...] es la encargada de tutelar el derecho de supresión en caso de que el responsable de la publicación de contenidos en redes sociales y otros sitios de internet no responda a la solicitud de supresión de un dato personal. En situaciones excepcionalmente delicadas, cuando las imágenes tengan contenido sexual o muestren actos de agresión y se estén poniendo en alto riesgo los derechos y libertades de los afectados, especialmente víctimas de violencia de género [...] prestadores de servicios online pueden no resultar suficientemente eficaces y rápidos para evitar la difusión continuada de las imágenes [...] Las reclamaciones recibidas por este canal serán analizadas de forma prioritaria [...] si fuera preciso, la adopción de medidas urgentes que limiten la continuidad del tratamiento de los datos personales” (énfasis nuestro).

Así, observamos que el derecho al olvido como derecho de supresión (o retirada de contenidos nocivos) y el derecho al olvido digital como desvinculación de datos personales con esos contenidos nocivos supone devolverle a la víctima de ciberviolencia sexual un poder de control y un poco de dignidad, saqueada en el mundo virtual por razones perversas e injustificables por su agresor²¹⁹⁰.

Resumiendo, el derecho al olvido, sea en su faceta de supresión de datos personales o re-contextualización digital, permite que las víctimas de violencia, atendiendo a la naturaleza del delito y su estado de especial vulnerabilidad, no queden atrapadas en el limbo espacio-temporal de la Red, y que su trauma no se convierta en una sombra que les persiga allá donde vayan, haciendo imposible superar el evento que, de manera injusta e imprevisible, les envolvió en algún momento de su pasado. Como decía anteriormente, el desvanecimiento de las huellas mnésicas de ciertas experiencias traumáticas del pasado,

²¹⁸⁹ A través del llamado “Canal específico para comunicar, con carácter prioritario, la difusión ilegítima de imágenes sensibles”. Disponible en: <https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/formNuevaReclamacion/canalprioritario.jsf>

²¹⁹⁰ Que, recordemos además, al igual que los ciberacosadores, son también responsables del tratamiento, según la jurisprudencia del Asunto *Lindqvist*, quedando expuestos a las sanciones pertinentes por el incumplimiento de la normativa de protección de datos.

solución para gran parte de la Psicología, se articula, en la rama tecno-jurídica, a través del derecho al olvido, como garantía de esa ‘evitación’ (que no eliminación absoluta de cualquier rastro ni censura) o re-contextualización digital, de alguna forma u otra, fundamentándose en el principio *favor libertatis*, o nos atrevemos a decir, en el principio *pro laesus*, oscilando la balanza a favor de las personas más afectadas por situaciones que por su propia naturaleza y la de las NTIC, han sido situadas en una condición de especial vulnerabilidad y desigualdad.

CAPÍTULO VI: GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y NO JURISDICCIONALES DEL DERECHO AL OLVIDO DE LAS PERSONAS VULNERABLES: EL PAPEL DEL TJUE Y DE LOS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN INDEPENDIENTES EN LA UNIÓN EUROPEA

En el capítulo anterior hemos examinado los instrumentos normativos europeos en materia de protección de datos y su concreta regulación del derecho al olvido como garantías, o, si se prefiere, mecanismos, para el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales de las personas en situación de especial vulnerabilidad digital. El manejo de los mismos, sin duda, forma parte del quehacer ordinario del juez, como agente principal del estudio e interpretación del Derecho y como responsable en la búsqueda de la Justicia en la resolución del caso concreto²¹⁹¹, pero es también parte del quehacer de los órganos e instituciones públicas al estricto servicio de la persona, en tanto ser dotado de dignidad y en tanto ciudadano de un sistema democrático social y de Derecho. Sigue siendo igual (si no más válida) la afirmación de que los derechos valen tanto como sus garantías²¹⁹². Un ordenamiento (sea nacional o supranacional) requiere no sólo de normas sustantivas sino también de instituciones y procesos que sean compatibles con los derechos humanos y los principios que rigen su interpretación y su efectividad. En consecuencia, para que los derechos sean efectivos, deben existir mecanismos aptos para su implementación. En esta línea, y ya estudiadas las garantías normativas, a continuación procede el estudio de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales (si se prefiere, institucionales) europeas, como mecanismos de perfeccionamiento del sistema de protección de los derechos fundamentales²¹⁹³, en general, y del derecho al olvido en particular. De tal forma, no sólo estudiaremos el papel del TJUE y su procedimiento de la cuestión prejudicial, como garante jurisdiccional principal del proceso de integración jurídica y de los derechos fundamentales en la UE, sino también el papel que han jugado otras instituciones y órganos independientes europeos en la protección directa e indirecta y ejercicio efectivo del derecho al olvido.

²¹⁹¹ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. GARZÓN VALDÉS, E.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 33.

²¹⁹² *Vid.*, por todos, TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional...op.cit.*, p. 461; JIMENA QUESADA, L.: “La situación actual de los derechos...*op. cit.*, 22; y TAJADURA TEJADA, J.: *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 97.

²¹⁹³ En efecto, como apunta Rebollo Delgado “*las garantías jurisdiccionales constituyen una forma de protección más directa. El reconocimiento normativo de un derecho supone la atribución al individuo de un derecho en el sentido técnico de la palabra*”. *Vid.* REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad...op.cit.*, p. 396.

1. Garantías jurisdiccionales en el seno de la UE

1.1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1.1.1. Consideraciones preliminares sobre la protección de los derechos fundamentales y el TJUE a la luz del proceso de integración europeo y del constitucionalismo multinivel

La Unión Europea, sin duda, ha experimentado un paulatino proceso de integración, con el fin germinal de proteger la dignidad de la persona y asegurar el mantenimiento de la paz en el continente tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial; al principio, mediante una integración económica, pero siempre con miras a una unión político-jurídica. Debemos insistir en que, si bien la UE surgió originalmente con objetivos netamente económicos, gracias a que su premisa siempre fue la de mejorar la calidad de vida para todos²¹⁹⁴, ahora constituye una organización política en la que los valores como la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos están ciertamente a la vanguardia de su proyecto integrador²¹⁹⁵.

Como ya hemos sostenido, este proceso de integración se podría calificar como único en el mundo. Observamos, sin embargo, cierta radicalidad en afirmar que la UE, en su origen, omitió (totalmente o casi por completo) los derechos fundamentales²¹⁹⁶. Recordemos, de entrada, que los países fundadores del proyecto europeo, habían apostado ya por el reconocimiento y protección de los derechos humanos en otros espacios, a través de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”, en adelante) y del CEDH²¹⁹⁷. Así, se podría decir que, como los derechos se estaban tratando

²¹⁹⁴ Vid. Considerando 2 y artículo 2.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18 de abril de 1951. Véase la versión oficial española del Tratado en el BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986, publicada a través del Instrumento de adhesión correspondiente, concretamente en las páginas 340 y siguientes. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1986/01/01/pdfs/A00003-00687.pdf>

²¹⁹⁵ Vid. art. 2 TUE.

²¹⁹⁶ DÍAZ CREGO, M.: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, Barcelona, 2009, p. 19; y ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R.: “Los derechos en el constitucionalismo...*op.cit.*”, p. 251.

²¹⁹⁷ Así, recordemos que los seis países fundadores de las entonces denominadas ‘Comunidades Europeas’ fueron también miembros natos del Consejo de Europa y tomaron parte en la adopción del CEDH, aunque su ratificación, y por tanto, entrada en vigor, se produjera años (o, para algunos, décadas) más tarde: Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y Países Bajos fueron países firmantes el mismo día de su adopción (04/11/1950). Recordemos, además, que el CEDH y su interpretación por parte del TEDH, así como las fuentes del Derecho Internacional Público, han sido fuentes de inspiración tanto para las garantías normativas como jurisdiccionales europeas. Por el contrario, Alemania (cuya fundación como RFA se produjo el 23 de mayo de 1949) e Italia no formaron parte de los Estados que adoptaron el 10 de diciembre de 1948 en París la Declaración Universal.

en otros foros europeos e internacionales (especialmente en el seno de la ONU y del CdE), el proyecto común europeo decidió centrarse, en sus comienzos, en la integración económica como primer pilar más fácilmente alcanzable y base para el “desarrollo económico”, como “primera etapa” hacia esa “Federación Europea” a la que se aspiraba, mediante la creación de sinergias e intereses comunes, como fue la “puesta en común de las producciones del carbón y de acero”²¹⁹⁸. Adviértase, además, de que aun no contando con una tipificación o catálogo de derechos, el entonces llamado Derecho comunitario siempre tuvo como presupuesto la democracia como valor y principio, así como los valores y principios de la democracia. Por último, es relevante apuntar que el TJUE se creó en esa primera etapa de integración, como institución principal, y con la función de interpretar y aplicar las normas europeas jurídicamente vinculantes, si bien en ese momento sólo figuraba el Tratado de la CECA²¹⁹⁹. Y es precisamente con relación al papel del TJUE en el proceso de integración europea y el desarrollo del sistema europeo de los derechos fundamentales que debemos al menos referenciar a su propio y paulatino proceso: del rechazo, a la aceptación como principios generales, a su universalización e internacionalización, a la aplicación sistemática de la CDFUE como garantía normativa principal²²⁰⁰.

Pues bien, aunque en sus inicios el enfoque estuvo puesto en el derecho a la igualdad y derechos y libertades socio-económicas²²⁰¹, todo lo anterior igualmente demuestra que el respeto hacia los derechos fundamentales constituyó, desde sus inicios, un signo distintivo del proyecto de construcción europeo²²⁰². Consideremos así que el enfoque, en clave económica, fue la semilla que hizo posible la evolución y expansión de los derechos fundamentales como faceta de la dimensión política del proyecto de integración. Igualmente, cabe recordar las reflexiones que efectuábamos en la parte introductoria de este trabajo, sobre el desarrollo de proyecto político-jurídico europeo en clave *iusfundamental*, con el reconocimiento de la ciudadanía europea y el cambio de tuerca,

²¹⁹⁸ *Declaración de Schuman* de 9 de mayo de 1950. Texto en español disponible en: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_es

²¹⁹⁹ *Vid.* arts. 7 y 31 del Tratado de la CECA: “Art. 7 y 31 CECA.

²²⁰⁰ *Vid.* TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo (Iustel)*, núm. 31, 2013, pp. 8-25.

²²⁰¹ Se ve especialmente claro en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (“TCEE”). El TCEE contiene un capítulo con un claro enfoque social (*Disposiciones sociales*) y hace mención a derechos humanos con el objetivo de mejorar y armonizar las condiciones de trabajo en la entonces Comunidad Europea; incluye referencias a la libertad de movimiento, a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito salarial, y a la protección de los derechos de los trabajadores. *Vid.* arts. 48, 117-122 del TCEE.

²²⁰² JIMENA QUESADA, L.: *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006.

también en clave *iusfundamental* del Derecho primario tras las modificaciones del Tratado de Lisboa, entre las que volvemos a destacar el reconocimiento de la naturaleza vinculante de la CDFUE, confiriéndole el mismo valor que el TUE y el TFUE; haciendo la Unión Europea mucho más constitucional²²⁰³. Al mismo tiempo, de la lectura del art. 6.2 TUE, en línea con la idea de “interpretación maximizadora”²²⁰⁴ del sistema europeo de derechos humanos, no debe reducirse el significado del término “derechos fundamentales” como una suerte de subcategoría de los derechos humanos, sino como una noción más amplia de los mismos; y así lo ha ido desplegando el TJUE a lo largo de su historia jurisprudencial.

La UE como una organización supranacional con un ordenamiento jurídico propio, basado en el pluralismo (cultural, político y, por ende, constitucional²²⁰⁵) ha devenido parte del llamado ‘constitucionalismo multinivel’²²⁰⁶ que todos conocemos. Ello ha supuesto una retroalimentación, a través de las “comunitarización de los valores propios del constitucionalismo”²²⁰⁷, de las tradiciones constitucionales comunes de las que hacen referencian tanto el Derecho primario europeo como abundantes pronunciamientos del TJUE. La aportación del TJUE a la causa integradora y arquitectónica europea, y concretamente, a la realización de los objetivos comunes europeos, por medio de su jurisprudencia, es constatable tanto desde un ángulo formal como material. Por un lado, tenemos el ejemplo de la declaración del efecto directo del Derecho de la UE y de su primacía; que a su vez ha sido enorme aportación a la consolidación y respecto de los derechos fundamentales y al desarrollo del principio de no discriminación o la responsabilidad de los Estados miembros y de la Unión por el incumplimiento del Derecho de la UE, y consecuente derecho de reparación de los daños causados. Por otro, el TJUE ha contribuido al desarrollo de un mercado único interior y de las libertades de circulación fundamentales, a la no discriminación entre ciudadanos de la UE, al principio

²²⁰³ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Hacia una integración digital europea...*op.cit.*”, p. 25; y CRAIG, P.: “Constitutions, Constitutionalism and the European...*op. cit.*”, p. 128, respectivamente.

²²⁰⁴ Inspirados por la idea de “integralidad maximizadora” del sistema global de derechos humanos que referenciaba JIMENA QUESADA, L.: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 313.

²²⁰⁵ Para un examen sobre las objeciones y la defensa de este último, *vid.* TORRES PÉREZ, A.: “En defensa del pluralismo constitucional...*op.cit.*”, p.166-176.

²²⁰⁶ BÖCKENFÖRDE, M. y SABSAY, D.: “Supranational organizations and their impact on national constitutions” en TUSHNET, M FLEINER, T. y SAUNDERS, C. (Eds) *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge-Taylor&Francis, New York y Londres, 2013, p. 476.

²²⁰⁷ *Id.* p. 94.

del reconocimiento mutuo o la competencia y autonomía de la UE en las relaciones internacionales.

Volviendo al reconocimiento y protección de los derechos, recordemos que el viejo debate sobre la inexistencia de los derechos fundamentales fuera del contexto económico fue extinguido por el TJUE, curiosamente a partir del Asunto *Stauder*²²⁰⁸, en el que elevó los derechos fundamentales, ante la ausencia de una declaración europea de derechos, a “*título de principios generales del Derecho de la Unión vinculantes para los sujetos afectados por el mismo*”²²⁰⁹; que luego fue recogido oficialmente por la reforma del Tratado de Maastricht en 1992, pero que hasta entonces supuso la construcción jurisprudencial de un sistema de derechos para la UE²²¹⁰. Decimos curiosamente pues, como analizamos en el capítulo correspondiente, esta fue la primera instancia europea en la que se examinó, indirectamente, el tratamiento de los datos de carácter personal; citándose siempre oficialmente como la primera sentencia en materia de protección de datos. Al mismo tiempo, justifica, en mayor medida, esta extensa evolución constitucional y sobre los derechos fundamentales en la UE, poniéndola en relación directa con la temática *iusfundamental* e *iuscibernética* este este trabajo. De ahí destacamos dos conclusiones. Primera, este salto en la escalera de construcción europea demuestra la labor pretoriana y el papel cardinal que jugó el TJUE en el reconocimiento e integración de los derechos fundamentales como pieza clave en el sistema europeo, lo cual algunos han alabado vehementemente²²¹¹. Segunda, tiene sentido que la CDFUE,

²²⁰⁸ Asunto C-29/69, *Erich Stauder v City of Ulm*, STJUE de 12 de noviembre de 1969.

²²⁰⁹ GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M.: “Introducción” en GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M. (Dirs.) *La Eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones Avanzadas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 23.

²²¹⁰ DE MIGUEL BÁRCENA, J.: “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, p. 186; y TAJADURA TEJADA, J.: “La ‘desconstitucionalización’ de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa: los límites de la integración diferenciada”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 232 (“*Como es sabido, los Derechos Fundamentales en la Unión Europea han sido una creación judicial. La construcción de los Derechos Fundamentales ha sido una de las más formidables aportaciones de la jurisprudencia comunitaria*”).

²²¹¹ DE WITTE, B.: “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights” en ALSTON, P. (Ed.) *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 860: “*me quito el sombrero ante el trabajo pionero del TJUE*”; y más recientemente, DEFEIS, E.F.: “Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, 2007, p. 1104.

que se adoptó casi una década más tarde, y varias décadas después del citado pronunciamiento, constituya una:

*“síntesis de tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la UE y compromisos internacionales sobre la protección de los derechos humanos”*²²¹².

O, en otras palabras, constituye un crisol *iusfundamental*, por su recopilación, no sólo de los derechos contenidos en el CEDH y la CSE, sino también de los derechos derivados de los textos constituyentes de los EEMM y de los cánones hermenéuticos del TEDH y del TJUE. La CDFUE no sólo representa *“la esencia misma del acervo europeo común en el ámbito de los derechos fundamentales”*²²¹³, sino que también figura como un elemento esencial de la integración política y jurídica de la Unión Europea. El TJUE, como su máximo intérprete, por ende, también figura como pieza clave en el *ius commune* europeo de derechos humanos, siendo el responsable de poner la CDFUE a la vanguardia de la integración europea y, en lo que a los mecanismos de interpretación se refiere, de utilizar las tradiciones (principios y derechos) constitucionales comunes como canon hermenéutico básico en el que guiar su labor jurisprudencial. De hecho, algunos autores han señalado que esto se traduce en un “elemento de legitimación que fortalece las decisiones de este Tribunal” ya que “con el fruto de la aceptación de principios y derechos por todos los miembros de la Unión Europea”, no resulta “problemático atribuirle carácter vinculante a sus decisiones”²²¹⁴.

Por todo ello, podemos afirmar que tanto la incorporación de la CDFUE, como parte del derecho constitutivo de la UE y el reconocimiento de su fuerza vinculante, como el papel del TJUE en su interpretación y aplicación, han otorgado visibilidad²²¹⁵, reconocimiento, y un mayor grado de efectividad y justiciabilidad de los derechos fundamentales en el sistema europeo, erigiendo, así, una nueva época constitucional para

²²¹² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Hacia una integración...*op.cit.*, p. 25.

²²¹³ TAJADURA TEJADA, J.: “Derechos fundamentales e integración europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 58, núm. 1, 2010, p. 266.

²²¹⁴ CABRALES LUCIO, J.M.: “La interpretación por el Tribunal Constitucional español conforme al Derecho comunitario en materia de Derechos Fundamentales”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 345-346.

²²¹⁵ JIMENA QUESADA, L.: “La Carta de Derechos...*op.cit.*, p. 63; y BURGORGUE-LARSEN, L.: “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, p. 54.

la UE. La transformación hacia lo constitucional, en el contexto de la práctica jurisdiccional del TJUE, se ve claramente en su postura y enfoque basado en los derechos fundamentales. Al analizar la jurisprudencia del TJUE, es imposible dudar del impacto sustantivo que ha tenido en el desarrollo de los derechos humanos en toda la Unión (resultando especialmente llamativo su jurisprudencia vanguardista sobre el principio de no discriminación, los derechos del consumidor, y, en línea con este trabajo, la protección de datos), y resulta de lo más interesante para los juristas, y sobre todo para los constitucionalistas, la vía a través de la cual lo ha logrado. Al mismo tiempo, nos sumamos a las reflexiones sobre el cambio copernicano de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos fundamentales en el periodo post-Lisboa, y concretamente, en el momento que empieza a utilizar la CDFUE en su interpretación del Derecho de la UE:

“la adopción de la Carta ha significado un nuevo impulso de la jurisprudencia del TJ [...] los críticos del TJ siempre han manifestado (y manifiestan) sospechas sobre el uso instrumental que este ha hecho de los derechos en relación [...] sobre todo por el reforzamiento de la integración económica [...] A partir de la Carta [...] la acción del TJ en materia de derechos cambia cuantitativa y cualitativamente, hasta tal punto que alguna doctrina vuelve a hablar de una nueva estación de ‘activismo constitucional’, parangonable en importancia a la jurisprudencia que se desarrolló en la década de 1960 [...] en materia de fuentes y de relación entre ordenamientos, y que ahora se retoma en un terreno distinto: el de los derechos”²²¹⁶.

A pesar de ello, y de su indudable labor pretoriana del TJUE en materia de derechos fundamentales, se ha calificado su actividad jurisdiccional con relación a la CDFUE de tímida, dada la tardanza en referenciar sus disposiciones antes y después de su consagración como parte del Derecho originario tras el Tratado de Lisboa²²¹⁷. Con independencia de ello, la contribución del TJUE al proyecto de construcción europeo, y concretamente, a la constitucionalización de la UE, ha reflejado su posición como actor

²²¹⁶ DE MIGUEL BÁRCENA, J.: “Los derechos fundamentales como manifestación...*op.cit.*, p. 188. Conviene aquí recordar que, respecto al marco y límites de la protección de los derechos fundamentales, el TJUE dejará sentado que estos derechos no pueden por sí mismos producir el efecto de ampliar el campo de aplicación de las disposiciones del Derecho primario más allá de las competencias atribuidas a la UE y que carece de competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad con el CEDH de aquellas disposiciones del derecho interno que quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Es decir, existen límites infranqueables y TJUE ha citado el CEDH como la principal fuente de estos derechos, junto con la CDFUE, pero no podrá ampliar en modo alguno las competencias de la UE tal como quedan definidas en el Derecho primario.

²²¹⁷ JIMENA QUESADA, L., “La consagración de los derechos fundamentales...*op. cit.*, p. 183.

clave en la interpretación del Derecho primario y secundario de la UE. Si bien algunos autores han enfatizado la problemática del “discurso cuasi-constitucional”²²¹⁸ del TJUE en materia de derechos fundamentales, a estas alturas, quedan pocos que dudan sobre el lugar del TJUE como órgano principal tuitivo y su crucial función en la armonización del sistema europeo de derechos fundamentales. Así, volvemos al enfoque constitucional, como “voz incorpórea de la justa razón y de la teología constitucional”²²¹⁹ y como impulsor del discurso de los derechos humanos²²²⁰ y de la supracitada transformación hacia lo constitucional²²²¹, a través de los principios (de su propia creación jurisprudencial) de efecto directo y primacía, pudiendo considerarse incluso como parte de la identidad constitucional europea²²²². Con relación al desarrollo de estos principios y de las demás doctrinas jurisprudenciales que ha consagrado, algunos autores llevan sosteniendo, desde el siglo pasado, una suerte de “autoposicionamiento constitucional” del TJUE²²²³, y otros han hablado de la tarea del juez en la aplicación unitaria y homogénea del Derecho de la UE como el coadyuvante más esencial a favor del fortalecimiento del fenómeno de integración europea²²²⁴.

En buena lógica, resulta necesario señalar la relación entre el proceso de integración europea, las garantías jurisdiccionales que ofrece el sistema europeo de derechos humanos y cómo se enmarcan dentro del constitucionalismo multinivel y pluralismo judicial que las envuelve. La propia naturaleza de la UE implica la existencia y aplicación simultánea de un ordenamiento jurídico supranacional y otros veintisiete ordenamientos jurídicos nacionales, a pesar de las peculiaridades en sus estructuras y entramados

²²¹⁸ Como por ejemplo Frantziou que habla de la problemática inherente a utilizar los derechos fundamentales como instrumentos para favorecer la aplicación del Derecho europeo: “*case-law [...]utilizes problematic forms of constitutional and quasi-constitutional discourse, through continued reliance on a conception of rights as tools of enforcement of EU law, which it had advanced in its earlier case law. While this type of reasoning was well suited to the idea of the EU as a social market economy, it structurally precludes the re-imagining of rights as collectively authored claims about good government under the Charter framework*”. Vid., FRANTZIOU, E.: “Constitutional Reasoning in the European Union and the Charter of Fundamental Rights: In Search of Public Justification”, *European Public Law Journal*, Vol. 25, núm. 2, 2019, p. 183.

²²¹⁹ Cascajo Castro citando a Shapiro. Vid. CASCAJO CASTRO, J.L.: “Constitución y derecho constitucional en la Unión...*op.cit.*, p. 103.

²²²⁰ DE WITTE, B.: “The Past and Future Role of the European Court of Justice...*op.cit.*, p. 866; y DEFEIS, E.F.: “Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal...*op.cit.*, p. 1112.

²²²¹ CRAIG, P.: “Constitutions, Constitutionalism and the European...*op.cit.*, p. 129.

²²²² Así lo he defendido en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.*, pp. 349-350.

²²²³ WEILER, J.H.H.: *The Constitution of Europe. 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 189.

²²²⁴ MARTÍN REBOLLO, L.: “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, p. 176.

jurídicos, las cuales ya venía anunciando su propio lema *Unida en la diversidad* (incluida la diversidad, o si se prefiere, el pluralismo, constitucional). En efecto, la morfología de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de manera especial, sus sistemas de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno de pluralismo constitucional que ha traído la integración europea. Como anunciaba Pérez-Luño “la superación del ámbito de referencia estatal” se ha traducido “en fuentes que expresan una supra estatalidad normativa”²²²⁵. Es decir, la apertura normativa hacia lo europeo indudablemente también ha producido una apertura jurisdiccional, o aumento de las instancias jurisdiccionales en lo que respecta a los encargados en interpretar y aplicar estas nuevas fuentes, y, por ende, un incremento en los garantes jurisdiccionales encargados de velar por los derechos fundamentales. Esta panorámica compleja explica que los tribunales constitucionales y nacionales desarrollen sus funciones jurisdiccionales en relación con otro ordenamiento jurídico además del suyo propio pues, este último, aunque distinto y autónomo, está innegablemente vinculado al europeo.

Todo ello ha generado no pocas controversias en materia competencial y de legitimación jurisdiccional: en los últimos años hemos presenciado una realidad cada vez más constatada en la que tribunales nacionales, sobre todo los constitucionales, han desafiado abiertamente la primacía del Derecho de la UE y la autoridad del TJUE, invocando la supremacía de su propio ordenamiento jurídico, a través del artículo 4.2 TUE que regula el respeto de las ‘identidades nacionales’ (yo he defendido, en otra ocasión, ‘constitucionales’²²²⁶) de los Estados miembros, actuando como *contralímite* a la primacía del Derecho de la UE y, así, dejando justificado su incumplimiento. Cuando tales desafíos menoscaban determinados derechos fundamentales, como veremos más adelante, las discrepancias tienen consecuencias más graves y, en consecuencia, el TJUE ha sido en ocasiones rotundo y en ocasiones flexible.

²²²⁵ PÉREZ LUÑO, A.E.: “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, p. 502.

²²²⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.*”

1.1.2. Una aproximación al ejercicio del poder jurisdiccional en la UE: la garantía y el desafío de la cuestión prejudicial en el desarrollo del sistema europeo de derechos fundamentales

Al igual que el origen de la organización supranacional a la que pertenece, el órgano jurisdiccional europeo es un tribunal internacional por su fuente, pues fue creado por un Tratado internacional, pero, al ser el encargado de interpretar y aplicar soberanamente el Derecho de la UE, como derecho autónomo y único, reúne una serie de características propias y sin precedentes en otros tribunales de proyección internacional. La estructura institucional propia de la UE incluye, en el plano jurisdiccional, un tribunal único denominado “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (art. 13 TEU), que se compone a su vez de varios órganos judiciales²²²⁷, dotado de poderes para “garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” (art. 19.1 TEU). Sostenemos, por tanto, que el TJUE, a la luz del ya mencionado enfoque constitucional²²²⁸, tiene dos misiones constitucionalmente asignadas: una suerte de control de constitucionalidad en lo que a la aplicación del Derecho de la UE se refiere y una suerte de control hermenéutico en cuanto a su interpretación, puesto que no se limita:

“a actuar como simple mecanismo hermenéutico de auxilio judicial, sino que actúa como procedimiento de control de la actividad normativa de los Estados miembros [y nosotros añadimos de la UE]”²²²⁹.

Como institución europea original, el TJUE reúne las características y particularidades que le son propias también a la UE desde sus comienzos como Comunidad Europea, siendo una creación original perfectamente diferenciada de cualquier otro tribunal internacional precedente o actualmente existente. En efecto, la jurisdicción del órgano jurisdiccional de la Unión (valga la redundancia) es obligatoria y exclusiva para los Estados miembros en cuanto que posee el monopolio de las controversias relativas a la

²²²⁷ Cabe anunciar, aunque quizás tarde, que a lo largo del presente trabajo, nos hemos referido al “TJUE” para referenciar tanto a la institución europea clasificada como institución principal de la UE en el art. 13 TUE, como al Tribunal Justicia, como órgano integrador del mismo, según el art. 19.1 TUE, y único competente en la adjudicación de asuntos por vía del procedimiento prejudicial.

²²²⁸ Este enfoque constitucional lo matiza Alonso García: “a diferencia de las jurisdiccionales típicamente constitucionales, cuyo parámetro de control es básicamente el texto constitucional (ampliado en su caso con específicas normas integrantes del ‘bloque de constitucionalidad’) el Tribunal de Justicia garantiza[...] no sólo el respeto de los Tratados, sino también del ordenamiento jurídico europeo globalmente considerado, esto es, también del Derecho derivado producido por las Instituciones de la Unión”. Vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014, p.196.

²²²⁹ SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 398.

interpretación y aplicación de los Tratados, como juez exclusivo en la fiscalización de la legalidad de los actos legislativos y de los destinados a producir efectos frente a terceros; en definitiva, del cumplimiento del Derecho de la UE.

Sin entrar en una crónica sobre la evolución o en gran detalle sobre los aspectos orgánicos y procedimentales del TJUE y su funcionamiento²²³⁰, lo que sí resulta necesario recordar son dos cuestiones que consideramos de gran relevancia en cuanto a su naturaleza excepcional como garante jurisdiccional europeo. En primer lugar, si bien el TJUE figura como el intérprete supremo del ordenamiento jurídico europeo, este no figura ni como un tribunal internacional ni como un tribunal de casación²²³¹, de tal forma que, aunque tiene jurisdicción exclusiva en determinados asuntos propios del sistema jurídico *sui generis* al que pertenece²²³², no cuenta con medios directos para ejecutar lo juzgado o anular normas nacionales, funcionando más bien como un colaborador tenaz en la interacción de dos esferas normativo-jurisdiccionales independientes, a la vez que complementarias, propias del modelo de protección multinivel, y no desde una posición jerárquica, propia de los modelos jurisdiccionales tradicionales.

Esto explica, por ejemplo, que la posibilidad de acudir al TJUE requiera, como requisito básico, que el Derecho de la UE sea aplicable al caso; no pudiendo los tribunales nacionales acudir al TJUE como tribunal de apelación o por cualquier cuestión de índole puramente constitucional o nacional. En el caso de las acciones directas, el TJUE dicta sentencia sobre los recursos interpuestos contra Estados o instituciones que hayan incumplido las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión²²³³; en el caso de las acciones indirectas, el TJUE dicta sentencia sobre cuestiones relativas a la

²²³⁰ Para ello *vid.* las aportaciones plasmadas en PARDO IRANZO, V. (Dir.) *El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013; ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión...op.cit.*, pp. 195-271; y DEFEIS, E.F: “Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal...*op.cit.*”

²²³¹ No tuvo en su origen, ni tiene ahora, el poder de anular actos de los Estados miembros, ni sentencias de los jueces nacionales, lo cual tiene cierto sentido si recordamos los postulados y premisas en los que se fundó el ordenamiento jurídico supranacional europeo, a saber, la diversidad constitucional y la soberanía nacional, viéndose obligado a respetar las estructuras jurídico-políticas de los Estados miembros y aquellos elementos que son parte inherente de su identidad constitucional.

²²³² Por ejemplo, litigios jurídicos entre Estados miembros o entre la Comisión y un Estado miembro a través del recurso por incumplimiento, o velar por la validez e interpretación del ordenamiento jurídico europeo a través de la cuestión prejudicial.

²²³³ Aquí, indudablemente, incluimos el recurso de casación, para el cual sí que actúa el Tribunal de Justicia como segunda instancia, siendo competente para conocer y dictar sentencia, cuando se interponga un recurso de casación referente a cuestiones de Derecho y vaya dirigido contra las sentencias y los autos del Tribunal General. Ello no refuta nuestra consideración de la naturaleza del TJUE como colaborador y no como tribunal jerárquicamente superior, pues nos referimos a su relación con los tribunales nacionales y no al funcionamiento interno de sus órganos.

validez o interpretación del Derecho de la Unión. Aunque analizaremos el procedimiento prejudicial más adelante, sirve de ejemplo recordar el requisito principal para la admisibilidad²²³⁴ de una cuestión prejudicial remitida por parte de un órgano jurisdiccional nacional: el tribunal nacional debe demostrar que existe una cuestión de Derecho de la Unión Europea porque es directamente aplicable al caso.

En segundo lugar, es importante recordar que el ejercicio de las potestades jurisdiccionales en la UE no es monopolio del TJUE, es decir, “no ha sido objeto de institucionalización exclusiva”²²³⁵, ostentando los jueces nacionales la potestad de aplicar uniformemente las normas europeas, lo que algunos han llamado la “europeización de los tribunales nacionales”²²³⁶ y otros han advertido sobre los problemas que trae esta suerte de jurisdicción fragmentada²²³⁷. Así al menos parece haberse establecido en los Tratados constitutivos, si bien con la ambigüedad que caracteriza la técnica legislativa: “*Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*” (art. 19.1 *in fine*). Quienes han estudiado a fondo estos dos niveles jurisdiccionales del poder judicial europeo, próximo a los modelos federales de justicia, resumen el reparto competencial de ambos de la siguiente manera:

“Los Tratados constitutivos atribuyen a los tribunales de la Unión dos funciones capitales: por un lado, la interpretación autorizada del Derecho de la Unión, y, por otro, el control de la legalidad de los actos adoptados por las Instituciones [...] A diferencia de los tribunales de la Unión, los tribunales de los Estados miembros tienen encomendada la misión de resolver los litigios sobre Derecho de la Unión

²²³⁴ De tal forma que, para que una cuestión prejudicial pueda considerarse admisible y, por tanto, ser admitida a trámite, esta ha de cumplir ciertos requisitos. En primer lugar, el órgano jurisdiccional nacional debe demostrar que existe una duda (en la interpretación o validez) del Derecho de la UE, lo que significa que deberá referirse a un litigio al que se le aplique directamente el Derecho de la UE. Al mismo tiempo, debe existir un litigio real, ya que la función del Tribunal de Justicia en este tipo de procedimiento no es dar una opinión consultiva, sino establecer la correcta interpretación del derecho, aplicándolo al caso concreto. Además, la pregunta o cuestión planteada debe ser un requisito previo para poder resolver el litigio. Teniendo todo esto en cuenta, un tribunal nacional que plantee una cuestión prejudicial al TJUE debe, por tanto, aplicar la ley a los hechos, según lo establecido por el Derecho de la UE a tenor de la interpretación del TJUE. El procedimiento prejudicial tiene por objeto coordinar las decisiones de los tribunales nacionales en el ámbito de la UE, ayudando a la administración de justicia del Estado miembro, no entregando opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas.

²²³⁵ BURGORGUE-LARSEN, L.: “La formación de un derecho constitucional europeo...*op.cit.*”, p. 54.

²²³⁶ ÁLVAREZ CARREÑO, S.M.: “Los retos actuales del juez nacional como juez europeo”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.) *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Actas del XIV Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2019, p. 252.

²²³⁷ TRIDIMAS, T.: “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, 2011, pp. 737 y 753.

suscitados entre un particular y un Estado miembro, o entre particulares, o entre administraciones de un mismo Estado miembro”²²³⁸.

El papel de los tribunales nacionales en la correcta aplicación del Derecho de la UE se ve legitimado por los principios de efecto directo y primacía del mismo. Recordemos que el principio de efecto directo habilita a los particulares a invocar los derechos reconocidos por el Derecho de la UE y a los tribunales a hacer valer estos derechos aplicando el ordenamiento europeo en sede jurisdiccional. De similar manera, cuando exista una contradicción entre el Derecho de la UE y el Derecho nacional, el principio de primacía habilita al tribunal nacional a “inaplicar” la norma nacional a favor de la europea. Sentado lo cual explica sendas incógnitas. Primero, queda justificada, así, la designación de los jueces nacionales como nuevo agentes de integración jurídica (y por ende, judicial) europea: “jueces ordinarios del Derecho de la UE” o, directamente, como “jueces europeos”²²³⁹. Segundo, si bien “este modelo de protección jurisdiccional” se ha considerado como “motor básico del proceso de integración europea”²²⁴⁰ a través de multitud de garantías para la aplicación del Derecho de la Unión, ello inherentemente trae consigo, en terminología procesal internacional, conflictos jurídicos relativos a la competencia judicial y a la ley aplicable, y, en terminología constitucional, una ruptura del monopolio de los tribunales constitucionales para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las normas nacionales. Además de que la habilitación del juez nacional (a todos los niveles) para ejercer el llamado control de ‘comunitariedad’, y de la ‘vinculatoriedad’ de las conclusiones prejudiciales del TJUE observamos el “debilitamiento del modelo concentrado o centralizado de justicia constitucional”²²⁴¹, lo

²²³⁸ SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión...op.cit.*, pp. 358-359.

²²³⁹ ÁLVAREZ CARREÑO, S.M.: “Los retos actuales del juez nacional...*op.cit.*, p. 260; MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J.A., BERBEROFF AYUDA, D., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “El juez español como juez de la Unión Europea, *Revista española de derecho europeo*”, núm. 48, 2013, pp. 127-152; MARTÍN REBOLLO, L.: “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200 (mayo-agosto), 2016, pp. 173-192; y NIEVA FENOLL, J.: “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2017, pp. 181-210; y JIMENA QUESADA, L.: “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 39, 2017, p. 275.

²²⁴⁰ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, A.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2017, pp.285-287.

²²⁴¹ Vid. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I.: “¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del derecho comunitario? (Reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, p. 422.

que explicaría la impresión que han manifestado algunos tribunales constitucionales sobre una potencial “usurpación” de sus funciones inherentes²²⁴².

La disyuntiva que supone la difícil pero estrecha relación entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales, sobre todo teniendo en cuenta la multiplicidad de estándares de protección a distintos niveles normativos (generalmente tres -interno, europeo e internacional-) así como la multiplicidad de intérpretes que caracterizan el constitucionalismo multinivel y la aplicación descentralizada del Derecho europeo, explica la “encrucijada”²²⁴³ en la que se encuentran los jueces nacionales a la hora de aplicar e interpretarlo. Ello explica, a su vez, la reticencia de algunos tribunales nacionales (sobre todo los constitucionales) a descartar sus propios estándares y elementos esenciales básicos inherentes en sus estructuras políticas y constitucionales fundamentales, a favor del Derecho de la UE²²⁴⁴.

Esta es una de las razones principales que motivó la creación (y, hoy en día, la utilización masiva²²⁴⁵) de un procedimiento especial de diálogo judicial, denominado procedimiento prejudicial, que viene articulándose mediante la relación entre el TJUE y los tribunales nacionales de los Estados miembros a través de la remisión de una cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial europea ha sido definida por las normas de Derecho europeo como un procedimiento que se ejercita ante el TJUE, permitiendo a los tribunales nacionales consultar a dicho tribunal sobre la interpretación o validez del Derecho europeo aplicable²²⁴⁶. Este procedimiento está abierto a los jueces nacionales europeos

²²⁴² TRIDIMAS, T.: “Constitutional review of member state action...*op.cit.*, p. 754.

²²⁴³ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión...op.cit.*, p. 14; y ALONSO GARCÍA, R. *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014.

²²⁴⁴ Aunque, como apunta Groppi, existen diferentes niveles de aceptación y de rechazo del principio de primacía del Derecho de la UE. *Vid.* GROPPI, T.: “La ‘primauté’ del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5 (enero-junio), 2006, pp. 225-243.

²²⁴⁵ Altamente criticada cuando dicho instrumento de colaboración judicial se ha utilizado sin mediar “una buena fe jurisdiccional” o ignorando otros cánones aplicables como la jurisprudencia del TEDH o del CEDS. *Vid.* JIMENA QUESADA, L.: “La cuestión prejudicial europea...*op.cit.*, pp. 275 y 289-294.

²²⁴⁶ Este mecanismo se instauró en el TCEE (artículo 177), y su última modificación, mediante el Tratado de Lisboa, lo desarrolló en el art. 267 del TFUE: “*Será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: (a) sobre la interpretación de los Tratados; (b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión [...]*”. Así, el TJUE, queda al cargo exclusivo de pronunciarse, con carácter prejudicial, a petición de los tribunales de los Estados miembros, sobre la interpretación del Derecho de la UE o sobre la validez de los actos adoptados por sus instituciones. Así, cualquier órgano jurisdiccional nacional, en el que haya surgido una controversia y la aplicación de una norma del Derecho europeo plantee dudas, puede decidir acudir al TJUE para que éste resuelva dichas cuestiones. Tal y como anuncia el propio art. 267, existen dos tipos de cuestiones prejudiciales: la llamada cuestión prejudicial (y subsecuente decisión prejudicial) sobre la interpretación de un instrumento europeo (para los que el juez nacional solicita al TJUE aclarar un matiz de la interpretación de la legislación europea

en lo que respecta a la interpretación o validez del Derecho de la UE en un procedimiento abierto. Como anunciábamos, el TJUE no cuenta con la potestad para anular las normas nacionales contrario al Derecho de la UE; en cambio, cuenta con esta otra vía, más sutil pero igualmente efectiva, a través de una suerte de colaboración inter-judicial. Por ello, a diferencia del resto de los procedimientos jurisdiccionales, la cuestión prejudicial europea no se considera un recurso interpuesto contra un acto europeo o nacional, sino que, más bien, es una consulta sobre la validez o la aplicación concreta del Derecho europeo en el ordenamiento nacional²²⁴⁷.

Así, otra de las mejoras que aportó el Tratado de Lisboa al proyecto de integración (y constitucionalización) europeo, además de la inclusión de los derechos fundamentales como límites al poder estatal y europeo en la CDFUE²²⁴⁸, fue la posibilidad de que el

para que pueda aplicarlo correctamente) y la llamada cuestión prejudicial sobre la validez de un acto europeo (donde el juez nacional solicita al TJUE comprobar la validez de un acto del Derecho de la UE). Por lo tanto, se puede afirmar que este procedimiento surge, si hay una duda en la interpretación de la legislación europea vigente y si hay una cuestión sobre la validez dicha legislación. Cualquier órgano jurisdiccional o tribunal podrá plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE si lo considera necesario para resolver un contencioso judicial nacional. Sin embargo, como regla general, los tribunales tienen la obligación de remitir al TJUE las decisiones para las que no existe ningún recurso judicial de Derecho interno.

²²⁴⁷ De esta manera, las cuestiones prejudiciales potencialmente interpuestas ante el TJUE se pueden dar por tres razones principales. En primer lugar, porque existen dudas en la aplicación del Derecho de la UE en relación con su derecho constitutivo (tratados fundacionales) o derivado (reglamentos y directivas, entre otros). En el caso de los tratados y los reglamentos, esta cuestión prejudicial generalmente se plantea en los casos en los que se cuestiona el efecto directo del Derecho de la UE, es decir, si el Derecho de la UE prevalece o no al imponer una norma concreta. En el caso de las directivas, la cuestión prejudicial se suele plantear cuando el legislador nacional no ha transpuesto el Derecho de la UE en su ordenamiento jurídico nacional, o lo ha hecho incorrectamente. En segundo lugar, la cuestión prejudicial se plantea debido a la existencia de normas nacionales o la aplicación judicial de las mismas que son contrarias al Derecho de la UE. En este caso, la cuestión que se plantea es sobre problemas relativos al principio de primacía del Derecho de la UE. En tercer lugar, la cuestión prejudicial se puede plantear en casos donde un ordenamiento jurídico nacional debe ser interpretado (en cuanto al contenido, la delimitación y la aplicación de sus normas) con el fin de ser aplicados correctamente a un caso concreto.

²²⁴⁸ Los derechos fundamentales, tanto en el constitucionalismo clásico como en el moderno, han sido un límite al poder, mediante la exigencia de determinadas acciones y omisiones sobre las que se proyectan la salvaguarda de su contenido esencial. En el seno de la UE, la propia CDFUE contiene dos preceptos relevantes con relación a esta cuestión. Según el primer apartado del artículo 51 CDFUE, este instrumento jurídico vinculante tiene dos destinatarios (las instituciones y órganos de la UE, en general, así como los Estado miembros, cuando apliquen el Derecho de la UE), y ambos deberán respetar los derechos, observar los principios y promover su aplicación con arreglo a sus competencias. Según el segundo apartado del artículo 51 CDFUE, esta no genera nuevas competencias para la UE. He aquí la confirmación de los derechos fundamentales como límites: la imposición a la Unión, en el ejercicio de sus competencias de un límite genérico que no podrá sobrepasar, y de la misma limitación, cuando se aplique Derecho europeo, en el caso de los Estados miembros. Cabe recordar que la CDFUE tenía la finalidad principal de reforzar la sumisión de los órganos e instituciones de la UE a los derechos fundamentales reconocidos en ella así establecidos por la jurisprudencia pretoriana del TJUE. Así pues, parafraseando a Biglino Campos, el debate doctrinal se centra en el artículo 51.1 CDFUE a la hora de determinar el grado de limitación que la CDFUE puede establecer sobre los Estados y sus propios ordenamientos constitucionales; difícil de delimitar teniendo en cuenta la complejidad que supone que la Unión, como ente *sui generis*, esté dotada de una dimensión supranacional e intergubernamental. *Vid.* BIGLINO CAMPOS, P.: “Los derechos

procedimiento prejudicial fuera accesible a los órganos jurisdiccionales nacionales (que, en aras de su definición europea autónoma, incluye a otros entes permanentes de resolución de controversias²²⁴⁹), a todos los niveles, y no sólo a los tribunales de última instancia. Con relación a esto, conviene apuntar que el artículo 267 del TFUE establece que los tribunales nacionales que actúen como una última instancia, y cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso, tienen la obligación de utilizar la petición de decisión prejudicial planteada, si una de las partes lo solicita. Por el contrario, los tribunales nacionales que no son la última instancia no están obligados a ejercer el planteamiento de la cuestión prejudicial, incluso en el caso de que una de las partes lo solicite²²⁵⁰. A pesar de que esta remisión al TJUE puede ser solicitada por una de las partes involucradas en la controversia contenciosa nacional, corresponde al órgano jurisdiccional nacional la última decisión de si eleva o no la cuestión, con independencia de que el no hacerlo pueda resultar en una posible vulneración de los derechos de defensa²²⁵¹. En esta línea, la cuestión prejudicial ha sido considerada no sólo como un aspecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o las debidas garantías procesales (un derecho reforzado por el art. 47 de la CDFUE).

fundamentales y competencia de la Unión: el argumento de Hamilton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 14, núm. 7(enero-abril), 2003, pp. 53 y 66.

²²⁴⁹ El aspecto importante que señala el propio TJUE para que un órgano jurisdiccional se considere como tal, en el contexto de la legitimidad para remitir una cuestión prejudicial es que reúna dos requisitos: uno funcional y otro orgánico: En primer lugar, debe tener el poder de juzgar, lo que significa que debe tener la obligación de ejercer su función como órgano permanente encargado de la resolución de disputas. En segundo lugar, debe ser un organismo de Derecho público, con una jerarquía legal vinculada directamente con el Estado y obligado a aplicar las normas del Derecho. Ya en su temprana edad, el TJUE fue perfilando qué se entendía como tribunal a efectos de poder plantear cuestiones prejudiciales y concluye jurisprudencialmente que para tener carácter jurisdiccional debe cumplir con seis requisitos concretos: (1) tener un origen legal, (2) ser permanente, (3) poseer su jurisdicción un carácter obligatorio, (4) tener carácter contradictorio sus procedimientos, (5) aplicar las normas jurídicas, y (6) ser independiente. Ello implica que no sólo los tribunales clásicos tienen la consideración de órgano jurisdiccional en relación con el Derecho europeo, sino que también pueden elevar cuestiones prejudiciales los tribunales especiales o incluso órganos de índole económico-administrativa si cumplen estos seis requisitos. Así los ha establecido en numerosos casos, tales como el Asunto C-61/65, *Vaassen Gobbels*, STJUE de 30 de junio de 1966; el asunto C-43/71, *Politi*, STJUE de 14 de diciembre de 1971; el asunto C-150/85, *Drake*, STJUE de 24 de junio de 1986; y los asuntos C-36/73, *First Nederlandse Spoorwegen*, STJUE de 18 de noviembre de 1999 y C-200/98, *X AB*, STJUE de 21 de marzo de 2000.

²²⁵⁰ *Vid.* en, tal sentido, CARRASCO DURÁN, M., "La obligación de los órganos judiciales de presentar la cuestión prejudicial antes de decidir no aplicar una ley por su contradicción con normas de Derecho comunitario", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, 2005, pp. 379-401.

²²⁵¹ Así lo han planteado BAÑO LEÓN, J.M., y ALONSO GARCÍA, R., "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear cuestión prejudicial ante el TJ", *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 193-222; y UGARTE-MENDIA ECEIZABARRENA, J.I., "El 'recurso' a la prejudicial (234 TCE) como 'cuestión' de amparo", *Revista española de derecho europeo*, núm. 11, 2004, pp. 441-474.

También se ha considerado como un instrumento esencial (“joya de la corona” o “clave de bóveda”²²⁵²) del sistema judicial europeo, y, concretamente, de la cooperación e interacción entre los jueces del TJUE y los jueces nacionales de los diferentes Estados miembros. En similar línea a las consideraciones sobre un potencial modelo federal de justicia europea, algunos autores han hablado de la cuestión prejudicial como “instrumento federalizador de la justicia y del Derecho de la Unión”²²⁵³. La importancia que presenta un diálogo entre tribunales para la formación del Derecho de la UE, a través de este mecanismo jurídico-procesal, queda especialmente patente en lo que a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se refiere, sobre todo con la recepción inicial de la doctrina del TEDH basada en un enfoque de los derechos humanos y la posterior ampliación de la autonomía del Derecho europeo, incluidos los derechos reconocidos en él, “dada la especificidad de los Tratados” y, sobre todo, tras la ascensión jurídica de la CDFUE²²⁵⁴.

Dicho todo esto, se empieza a esclarecer la importancia de la cuestión prejudicial planteada como un instrumento que garantiza la uniformidad en la interpretación y aplicación posterior del Derecho de la UE en todos los Estados miembros, y, en consecuencia, permite su pleno ejercicio por parte de los ciudadanos, así como la protección de los principios de igualdad y seguridad jurídica en la UE. Gracias a la cuestión prejudicial, la integración jurídica en la Unión se ve garantizada, pues ambas tienen, como objetivo principal, la interpretación armonizada y la aplicación uniforme del Derecho de la UE en todo el seno de la Unión. Tal y como resume Fernández Segado:

“En coherencia con todo esto, el Tribunal de Luxemburgo ha defendido una interpretación antiformalista, con el fin de propiciar la cooperación judicial establecida [...] y lógicamente para posibilitar la más eficaz protección jurídica de los ciudadanos europeos. La praxis revela la enorme trascendencia que en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario ha adquirido la cuestión prejudicial. La notable judicialización del derecho comunitario se ha encauzado a

²²⁵² SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión...op.cit.*, p. 398.

²²⁵³ SARMIENTO, D.: *Poder judicial e integración europea; la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

²²⁵⁴ TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos...op.cit.”, p. 1.

través de este instituto procesal, y ha tenido por virtud el notabilísimo protagonismo que el Tribunal de Justicia ha adquirido en dicha construcción”²²⁵⁵.

Por ende, la trascendencia jurídica de la cuestión prejudicial planteada a través de su propio procedimiento puede ser analizada a través de la variedad de roles que interpreta. No sólo es un procedimiento interlocutorio a través del cual el juez nacional plantea una pregunta sobre el Derecho de la UE al TJUE, sino que también es un instrumento que crea una decisión judicial eficaz y vinculante, con independencia del caso controvertido, que refuerza la cooperación entre el juez nacional y el juez de la UE, y que preserva la unidad jurídica a través de la garantía de una interpretación y aplicación uniformes del antes llamado Derecho comunitario. Los efectos de las decisiones prejudiciales del TJUE han creado fundamentalmente estándares para la interpretación y posterior aplicación del Derecho de la UE, en forma de ‘precedentes’ en el sentido anglosajón, para garantizar un uso coherente y uniforme del Derecho de la Unión Europea.

El procedimiento prejudicial permite no sólo la cooperación activa entre los respectivos órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE, sino también la aplicación uniforme de la normativa europea en toda la Unión. Desde que se estableció el TJUE, el procedimiento prejudicial ha sido un elemento clave de su trabajo, tanto como garante del Derecho de la UE, como garante del sistema europeo de derechos fundamentales. A pesar de que inicialmente no se consideró como tal, ha cobrado más importancia a lo largo de los años, convirtiéndose en uno de los métodos más eficaces para la correcta aplicación del Derecho de la UE. Una de las principales razones de este fenómeno es que las correspondientes legislaciones nacionales y el Derecho de la UE han interactuado entre sí, a veces de manera conflictiva debido a potenciales márgenes de discrecionalidad o apreciación nacional (o constitucional), y ha sido menester un proceso concreto para delimitar los efectos de los principios de aplicación directa y la primacía del Derecho de la UE²²⁵⁶, sobre todo en lo que afecta a los derechos fundamentales.

Quizás por ello la cuestión prejudicial se ha considerado como el principal instrumento europeo de diálogo entre jueces o “reenvío” judicial²²⁵⁷. Burgorgue entra de pleno en el

²²⁵⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13 (julio-diciembre), 2005, p. 8.

²²⁵⁶ TORRES DEL MORAL, A., “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo: principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, p. 91-114.

²²⁵⁷ BURGORGUE-LARSEN, L.: “La formación de un derecho constitucional europeo...*op.cit.*”, p. 55.

análisis de este instrumento de integración europeo al hablar de una nueva “*fase de la formación de un constitucionalismo europeo fuerte merced a la imposición de la protección efectiva y concreta de los derechos fundamentales*”²²⁵⁸. De hecho, habla de dos consecuencias prácticas y elogiadas del mismo: por un lado, la posibilidad de declarar la nulidad de un acto europeo si no respeta el sistema europeo de derechos fundamentales, y la posibilidad de declarar la prevalencia de los derechos fundamentales sobre las libertades económicas²²⁵⁹. Efectivamente, como veremos en el siguiente subapartado, esto se ve especialmente reflejado en materia del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal.

Volviendo a la cuestión prejudicial, esta se ha convertido en un importante garante de los derechos individuales y fundamentales en la UE en la actualidad²²⁶⁰, asegurando algunos que tienen, como único objetivo: “*la interpretación armónica y evolutiva de los Derechos Fundamentales*”, lo que se aprecia claramente en la doctrina del TJUE de “*interpretación del derecho nacional conforme al Derecho comunitario*”; cuya posición ha devenido en una suerte de “*presunción de comunitariedad*”²²⁶¹. En efecto, el TJUE se ha dedicado a garantizar la legalidad y el cumplimiento uniforme del Derecho europeo por parte de las instituciones y de los Estados miembros, a todos sus niveles, y ello ha sido, en gran parte, gracias a la interpretación europeizada desarrollada por la comunicación intracomunitaria de los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE. Según De Miguel, el ordenamiento europeo, según las teorías de la Constitución pluralista o multinivel, se concibe para mantener la diferenciación y respetar las sensibilidades diversas de los Estados miembros, calificando el diálogo entre tribunales como el ejemplo más evidente de ello; hasta aquí estamos de acuerdo. No obstante, también afirma que el sistema normativo y jurisdiccional europeo de los derechos fundamentales, sometidos a una adjudicación tan estricta por parte del TJUE, deja poco margen de diferenciación normativa y judicial nacional en la práctica:

“en el contexto de los derechos, se puede comprobar claramente que la primacía del derecho comunitario abandona su condición de simple regla para la aplicación

²²⁵⁸ *Id.* p. 69.

²²⁵⁹ *Id.*

²²⁶⁰ JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 23-52.

²²⁶¹ CABRALES LUCIO, J.M.: “La interpretación por el Tribunal...*op.cit.*”, pp. 344-348.

preferente del derecho, y alcanza un entendimiento que bien puede catalogarse como supremacía interordinamental”²²⁶².

En esto discrepamos en parte, pues, como veremos más adelante, el TJUE ha tenido en cuenta y ha aceptado, precisamente a través de un diálogo abierto y constructivo, en varias ocasiones, principios constitucionales y estándares nacionales como argumento legítimo para asumir ciertas restricciones a las libertades fundamentales de la UE, e incluso para reconocer cierto margen de discrecionalidad nacional, transformando su doctrina sobre la aplicación incondicionada y prevalente del Derecho de la UE a favor de ciertos intereses constitucionales nacionales. En tal sentido, resultan especialmente destacables los diferentes grados de especificidad que proporciona el TJUE, pues se pueden re-interpretar como los diferentes grados de discrecionalidad que otorga el TJUE. Según Tridimas, el TJUE ofrece tres niveles de especificidad exegética: proporcionando soluciones predeterminadas para la controversia nacional a la luz del Derecho europeo, ofreciendo reglas o directrices orientativas al caso concreto o contestando a las cuestiones prejudiciales en términos extremadamente imprecisos y genéricos (*outcome, guidance y deference*, respectivamente)²²⁶³. La segunda, que demuestra cierto grado de prudencia, y sobre todo la tercera línea de actuación jurisprudencial, en tanto bumerán judicial, en la práctica, implican devolverle al juez nacional la pelota, otorgando un elevado nivel de discrecionalidad nacional. En cualquier caso, en un contexto como el europeo, de pluralismo constitucional y multinivel, resulta absolutamente necesario abandonar la noción tradicional de jerarquía normativa cuando del principio de primacía del ordenamiento europeo se trata, pues este jamás pretendió entenderse en términos de supremacía o superioridad jurídica sobre los ordenamientos nacionales. Desde sus inicios, el sistema europeo ha pretendido confeccionar un entramado normativo y jurisdiccional basado en la coexistencia y cooperación, con mecanismos e instrumentos, precisamente como la cuestión prejudicial, que permitan la adaptación mutua de las diversas particularidades.

No obstante, lo que está fuera de toda duda es que, dada la ausencia de un mecanismo procesal específico para los derechos fundamentales reconocidos a nivel europeo, el garante jurisdiccional deviene, en primera instancia, el juez nacional, y en segunda, tras el uso de la cuestión prejudicial en caso de dudas de interpretación, el TJUE como

²²⁶² DE MIGUEL BÁRCENA, J.: “Los derechos fundamentales como manifestación...*op.cit.*, pp. 190-191.

²²⁶³ TRIDIMAS, T.: “Constitutional review of member state action...*op.cit.*, pp. 739-745.

intérprete supremo y voz última del ordenamiento jurídico europeo. Quizás como consecuencia de esto, y por el efecto directo y primacía del Derecho europeo en el que general y naturalmente se basa el TJUE²²⁶⁴, hemos presenciado problemas en la actualidad con intentos variados de tribunales nacionales que han desafiado abiertamente la primacía del Derecho de la UE y la autoridad del Tribunal de Justicia de la UE en pronunciamientos recientes, que afectaban de pleno a diversos derechos, principios y estructuras político-jurídicas fundamentales, invocando la cláusula de la identidad nacional, o, en otras palabras, invocando su discrecionalidad y supremacía constitucional, como argumento jurídico habilitado por el art. 4.2 TUE, para justificar la no aplicación de normas y estándares europeos de derechos fundamentales.

Podríamos poner como ejemplos más recientes las actuaciones del Tribunal Constitucional checo, del Tribunal Supremo danés y el Tribunal Constitucional húngaro. El Tribunal Constitucional checo, en su sentencia de 2012 declaró un acto europeo *ultra vires*, y por tanto, determinó su invalidez en el territorio checo. En segundo lugar, el Tribunal Supremo de Dinamarca, en su sentencia de 2016, tras una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, determinó la imposibilidad de aplicar el Derecho de la UE por excederse en las competencias que Dinamarca había transferido a la UE en su tratado de adhesión. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional húngaro, en su sentencia de 2016, decidió que, en situaciones excepcionales, es competente para decidir si aplica o no el Derecho de la UE, cuando este entra en colisión con los derechos fundamentales o la identidad soberana húngara, consagradas en su texto constitucional²²⁶⁵.

²²⁶⁴ El TJUE, ya en el histórico asunto de *Simmenthal*, fundamentó la necesidad de la primacía del Derecho europeo y de una interpretación en sede jurisdiccional nacional, conforme al mismo; siendo esta sentencia la base jurisprudencial y fundamento del “efecto útil” del Derecho europeo que postula la máxima eficacia de las fuentes del Derecho europeo. Más concretamente, de su *rationale* sacamos las siguientes conclusiones principales. Por un lado, que las normas europeas son “fuente inmediata de derechos” (apartado 15). Por otro lado, que para surtir efecto pleno e uniforme del mismo la norma nacional que sea contraria a la norma europea deberá ser inaplicable pues, en caso contrario, equivaldría a negar los compromisos nacionales asumidos y plasmados en los Tratados constitutivos (apartado 18). Y, por último, que el efecto útil del Derecho europeo se vería reducido (si no cancelado) si se le impidiese al juez nacional aplicar el Derecho europeo, o una interpretación de su Derecho interno conforme a la jurisprudencia europea (apartados 20 y 26). *Vid.* asunto C-106/77, *Simmenthal*, STJUE de 9 de marzo de 1978.

²²⁶⁵ Para un análisis detallado de cada una de estas tres decisiones judiciales, *vid.* KÜHN, Z.: “Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism. The Czecho-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts’ Defiance of EU Law”, *Maastricht journal of European and Comparative Law*, Vol. 23, núm. 1, 2016, p. 185-194; RASK MADSEN, M., PALMER OLSEN, H., y SADL, U.: “Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation” *University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, núm. 32, 2017, pp. 1-16; y MOHAY, A. y TÓTH, N. “Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 111, núm. 2, 2017, pp. 468-475.

Si bien los tribunales nacionales, sobre todo los intérpretes supremos o constitucionales, en su doble faceta de juez constitucional y juez europeo, se han visto obligados, en el marco del sistema judicial europeo, a utilizar el diálogo judicial para resolver conflictos entre la aplicación del ordenamiento jurídico europeo y el suyo propio, también se han visto obligados y legitimados a invocar una incompatibilidad irreconciliable como argumento a favor de su orden constitucional, a expensas del europeo²²⁶⁶. Ni la reticencia por parte del aparato jurisdiccional nacional a “inaplicar” su propio orden constitucional, ni la reivindicación de las particularidades nacionales o de proteger la integridad del orden constitucional constituyen elementos novedosos de la era actual, pues se pueden observar argumentos de distinta naturaleza (más o menos constructivos) desde los comienzos de la integración jurídica europea, precisamente por la pluralidad constitucional y gobernanza multinivel que caracteriza a la UE y los entes que la componen²²⁶⁷. Así, conviene a efectos ejemplificativos, hacer mención a los asuntos históricos como la doctrina alemana de *Solange* y *Maastricht-Urteil*²²⁶⁸, la evolución jurisprudencial del TJUE sobre la primacía del Derecho de la UE, pasando de una primacía absoluta e incondicionada en *InternationaleHandelsgesellschaft* a su relativa aplicación en *Omega*, a su rechazo en *Melloni*, e incluso a su apertura a argumentos nacionales en *Akerberg*, o hasta la plena aceptación (tras una seria reconsideración) como en la saga *Taricco* en la que se mostró “receptivo a opiniones contrarias hasta el punto de modificar su postura”²²⁶⁹.

Han sido especialmente relevantes (a la vez que controvertidos) los casos en los que el TJUE ha rechazado por completo el argumento nacional sobre todo cuando este, a primera vista, ofrecía un estándar de protección más elevado que el europeo (consecuencia directa del principio *favor libertatis*, además recogido en el art. 53

²²⁶⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.* pp. 338-339.

²²⁶⁷ Interesantes resultan los apuntes de Mayer y Claes, sobre estas cuestiones en MAYER, F.C.: “Multilevel Constitutional Jurisdiction”, en VON BOGDANDY, A., y BAST, J. (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2ª ed., 2009; y CLAES, M.: *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

²²⁶⁸ *Solange I*, 37 BVerfGE 271 (1974), *Solange II*, 73 BVerfGE 378 (1986) y *Maastricht 15 BVerfGE 89* (1993).

²²⁶⁹ Vid. asuntos C-11/70, *InternationaleHandelsgesellschaft*, STJUE de 17 de diciembre de 1970, C-36/02, *Omega*, STJUE de 14 de octubre de 2004), C-617/10, *Åkerberg Fransson*, STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *Melloni*, STJUE de 26 de febrero de 2013, C-105/14, *Taricco I*, STJUE de 8 de septiembre de 2015 y C-42/17, *Taricco II*, STJUE de 5 de diciembre de 2017, respectivamente. Para un análisis más detallado de la ‘saga Taricco’, vid. GARCÍA ORTIZ, A.: “Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Novedades con ocasión de la Saga Taricco”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30 (julio-diciembre), 2018, p. 16; y MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.* pp. 342-345.

CDFUE). En tal sentido sigue siendo el caso estrella de ello precisamente el asunto *Melloni*²²⁷⁰. Para abreviar una larga historia jurisdiccional, el TJUE en este caso concluyó que cuando el legislador europeo armoniza, de manera exhaustiva, el estándar de protección de los derechos fundamentales en un área determinada de competencia como es la cooperación transfronteriza en materia penal, los Estados miembros no podrán exigir un estándar más alto de protección sobre la base de su orden constitucional para asegurar la armonización y aplicación uniforme del Derecho de la UE y la efectividad de la cooperación mutua²²⁷¹. En suma, el Derecho de la UE no habilita un doble estándar de protección en supuestos en los que existan garantías comunes armonizadas y la aplicación de otro estándar de protección implique una cancelación de los objetivos de las mismas.

Ello, no obstante, no significa que el TJUE haya rechazado siempre el estándar de protección más elevado que consagra el art. 53 CDFUE pues en el caso *Akerberg*, curiosamente también en materia penal, sí que permitió ir más allá de los estándares mínimos europeos²²⁷². Aquí admitió un estándar de protección diferente al señalado por la CDFUE también en el caso de ejecución medidas nacionales de un acto comunitario siempre y cuando este no afectara a la primacía y efectividad del Derecho de la UE, y, por ende, al nivel de protección previsto por la CDFUE. De una comparación de *Melloni* y *Akerberg*, podemos afirmar que el TJUE dejó clara la distinción relativa a la cláusula por la que se garantiza la aplicación del estándar mínimo comunitario, que condiciona cómo los ordenamientos jurídicos nacional y europeo interactúan en materia de derechos

²²⁷⁰ Doblemente importante pues, 1) simboliza la primera vez en la historia del Tribunal Constitucional español que se optó por plantear una cuestión prejudicial al TJUE en el marco de un recurso de amparo por potencial vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y demás garantías procesales en el marco de una orden europea de detención y entrega emitida para el cumplimiento de una sentencia dictada tras un juicio *in absentia*; y 2) por la conclusión a la que llega el TJUE, considerando que una interpretación tan amplia del art. 53 de la CDFUE, en el marco de una materia armonizada como era la euroorden en el marco de la cooperación judicial, minaría el principio de primacía del Derecho de la UE y desmontaría los cimientos de la construcción jurídica europea.

²²⁷¹ Tenorio lo resume muy bien: “*Se concluye que de aceptar la tesis propuesta por el Tribunal nacional habría una afectación de la concreta efectividad del acto comunitario: para evitar que se lesionen los derechos protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, la interpretación postulada, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, conduciría a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que la Decisión-marco pretende reforzar, y por ello llevaría a enervar la efectividad de la referida Decisión marco. En suma, la pretensión constitucional postulada, relativa a derechos procesales, en este caso, el caso Melloni, en que el objeto del recurso es una orden de ejecución, conduciría a una solución contraria a la que derivaba de la orden europea, que quedaría privada de efectos. Por tal razón el Tribunal de la Unión la rechazó*”. Vid. TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos...*op.cit.*”, p. 30.

²²⁷² Para un análisis de lo más detallado sobre la problemática y potenciales soluciones de la diversidad de estándares de protección en el contexto de la UE, y un análisis concreto de las consecuencias del asunto *Melloni*, vid. ALONSO GARCÍA, R. *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014.

fundamentales, cuando el Derecho europeo es aplicable (con independencia de que el tribunal nacional admita su aplicabilidad o no) y en función del nivel de armonización europeo. Es decir, el nivel de discrecionalidad nacional (y, concretamente, constitucional) dependerá de si el Derecho europeo ha sido parcial o totalmente fijado, teniendo más margen de maniobra interpretativa para aplicar otro estándar (más elevado) en el caso del primero (siempre y cuando respete los demás principios y estándares europeos), pero no siendo posible en el caso del segundo²²⁷³ y debiendo aceptar una “interpretación armonizadora a la baja del art. 53 CDFUE”²²⁷⁴.

Según algunos autores, todo lo anterior demuestra un “duro golpe” a la aplicación de la “metodología” del constitucionalismo multinivel en lo que a los derechos fundamentales se refiere, pues “conduce a reducir su ámbito de aplicación”²²⁷⁵. Según otros, el TJUE, en los asuntos *Melloni* y *Akerberg*, ha establecido “las reglas básicas para un nuevo marco de derechos fundamentales en Europa”²²⁷⁶ a la vez que ha intentado gestionar la difícil conciliación entre el papel cardinal y autonomía de los tribunales constitucionales y el papel destacado de la CDFUE en la aplicación uniforme del sistema europeo de derechos. Por ello, *Taricco*, *Akerberg* y *Melloni* comparten cuatro elementos importantes que deseamos resaltar. Primero, no se trataba de desafiar la primacía del Derecho europeo porque sí, sino de subrayar que el mandato constitucional de un determinado ordenamiento nacional resultaba ser un obstáculo para la incondicionada aplicación del Derecho europeo, dada la diferente interpretación de principios o derechos constitucionales a escala nacional. Segundo, se confirma de nuevo el TJUE, órgano judicial con competencia exclusiva para interpretar la CDFUE, como agente principal encargado de la tutela de los derechos fundamentales a nivel europeo.

Tercero, gracias a la acogida y aceptación de los tribunales nacionales (especialmente los supremos) de la cuestión prejudicial el TJUE ha atribuido, donde ha podido, peso jurídico a determinados aspectos constitucionales invocados por los tribunales nacionales, como parte de su análisis de conciliación jurídica, intentando respetar aquellos elementos y estructuras inherentes al aparato constitucional en cuestión, sobre todo cuando

²²⁷³ Vid. Apartados 60 y 29 de las SSTJUE de 26 de febrero de 2013, respectivamente. Sarmiento analiza estas dos “situaciones”, así como sus consecuencias, de manera exhaustiva en SARMIENTO, D.: “Who’s Afraid of the Charter? The Court Of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *Common Market Law Review*, Vol. 50, núm. 5, 2013, pp. 1287-1298.

²²⁷⁴ JIMENA QUESADA, L.: “La cuestión prejudicial europea...*op.cit.*, p. 277.

²²⁷⁵ TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos...*op.cit.*, pp. 32.

²²⁷⁶ SARMIENTO, D.: “Who’s Afraid of the Charter...*op.cit.*, p.1269.

principios o derechos constitucionales están en juego. Cuarto, lo anterior precisamente se ha hecho posible a través de un verdadero diálogo judicial, pues recordemos que este, en la teoría, tiene como resultado la “optimización de las soluciones en beneficio de la comunidad”²²⁷⁷ y en la práctica, se está desarrollando, con mayor frecuencia, mediante un vaivén constitucional-procesal constructivo. El *auctoritas constitutionalis*, en materia de derechos fundamentales, parece haberse repartido²²⁷⁸ mutuamente entre los intérpretes supremos nacionales y el europeo, mediante el uso de la cuestión prejudicial, y esta apertura hacia los estándares del ‘otro’ demuestra una verdadera y sincera colaboración.

Algunos han apostado por este tipo de diálogo dinámico y flexible como única y necesaria metodología judicial, dada la falta de “contornos más nítidos” sobre las posiciones constitucionales nacionales y europea divergentes²²⁷⁹, otros como “antídoto básico” ante el riesgo de “estandarización judicial en materia de derechos fundamentales”²²⁸⁰, algunos han considerado más razonable una aplicación “dúctil” y “mesurada” de las particularidades constitucionales²²⁸¹, mientras otros se han mostrado reacios a esta nueva metodología de intracomunicación judicial y flexible precisamente por descartar esa sistematización tan buscada en la integración jurídica y el enfoque maximalista que pretendía inspirar la CDFUE²²⁸².

La idea sobre la que pivota el pluralismo constitucional en la Unión Europea hace referencia a un marco integrado por ordenamientos jurídicos distintos, pero

²²⁷⁷ JIMENA QUESADA, L.: “La cuestión prejudicial europea...*op.cit.*, p. 273.

²²⁷⁸ Si bien tampoco conviene, como apunta Jimena Quesada, que esta distribución (y por ende la responsabilidad final) quede “diluida en los distintos actores dialogantes, hasta el punto de que la eventual falta de vertebración y ausencia de jerarquía conduce a una especie de soberanía supraestatal difusa”. *Id.* p. 273.

²²⁷⁹ TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos...*op.cit.*, pp. 35.

²²⁸⁰ CARTABIA, M.: “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, 2009, p. 7.

²²⁸¹ ROMBOLI, S.: “‘Los contra-límites en serio’ y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, p. 16.

²²⁸² Díaz Crego discrepa con el enfoque excesivamente precavido del TJUE, pues parece solo actuar de manera rotunda y autoritaria, mediante la imposición de una interpretación concreta en materia de derechos fundamentales en “*en aquellos casos en los que el ordenamiento nacional se sitúa claramente por debajo de los estándares de protección que forman parte de ese consenso [europeo]*”. En similar línea se ha pronunciado García Ortiz: “*parece difícilmente compatible con una pretendida «Europa de los derechos» en la que las acciones, intereses y objetivos siguen asumiendo como centro de gravedad las libertades fundamentales del mercado interior europeo*”. Besselink ha sido el más crítico entendiendo que la interpretación de Melloni fue errónea por dejar prevalecer la unidad del ordenamiento europeo sobre la protección de los derechos. *Vid.*, respectivamente, DIAZ CREGO, M.: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, Barcelona, 2009, pp. 172 y 175; GARCÍA ORTIZ, A.: “Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos...*op.cit.*, p. 6; y BESSELINK, L.: “The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni”, *European Law Review*, Vol. 39, núm. 4, 2014, p. 531.

interdependientes unos de otros, cuyas normas fundamentales no están abiertas ni jerárquicamente organizadas. Dentro de este marco, el diálogo entre el sistema jurídico de la UE y el de los Estados miembros y, de manera más concreta, el diálogo entre el TJUE y las jurisdicciones constitucionales, juega un doble papel. En primer lugar, permite una reducción de los posibles conflictos que puedan surgir en el contexto de este pluralismo constitucional entre las normas nacionales y europeas. En segundo lugar, el diálogo judicial funciona como fuente de legitimación de las decisiones adoptadas por las jurisdicciones que operan dentro de este marco de pluralismo jurídico. Desde este paradigma, el diálogo entre los tribunales nacionales y europeos, a su vez, aumenta el nivel de legitimidad del sistema judicial europeo en su conjunto, incluyendo, por supuesto, el papel del TJUE, dado que la mayor comunicación e intercambio de argumentos permite la obtención de mejores resultados en el ejercicio de la interpretación de los derechos y normas, lo que propicia la participación de los diversos actores y su mejor contribución al desarrollo de la integración jurídica europea.

La premisa del constitucionalismo multinivel y el pluralismo judicial es la retroalimentación y aprendizaje mutuo entre sus actores, no habiendo mejor método que el diálogo dinámico y significativo que trae el procedimiento de cuestión prejudicial europea, basado en el “razonamiento constitucional comparado y con disposición al cambio”. Millet ha intentado tender un puente entre el enfoque de la primacía absoluta de la UE y los enfoques más pluralistas. A su juicio, la discrecionalidad nacional actúa simultáneamente como norma de resistencia y como norma de convergencia y por ello ofrece una vía de mantenimiento entre la unidad y la diversidad relativa en la UE²²⁸³ en la que el TJUE, en función del caso concreto y los argumentos proporcionados, permite o rechaza la desviación del canon europeo. Si bien ello puede plantear problemas con la uniformidad del Derecho de la UE, también está en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales de minimizar los conflictos jurídicos mediante enfoques interpretativos convergentes y en línea con el *ius commune* europeo.

La asimetría de la que hablan algunos, o esos contrapesos hermenéuticos, reflejan el proceso de integración hasta la fecha y han permitido mayor avance en el proceso de constitucionalización de la UE, pues desde el principio el TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales han buscado formas de coexistir y cooperar sin optar por la

²²⁸³ MILLET, F.X.: *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, L.G.D.J.–Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2013. pp. 188 y 286.

cancelación recíproca sino más bien por la adaptación solidaria a las particularidades del otro, “*con el fin último de garantizar la dignidad humana, la paz y el bienestar de las personas en el territorio europeo*”²²⁸⁴. En este sentido los cauces normativos o jurisprudenciales hacia la diferenciación han permitido la apertura para un intercambio evolutivo, reflexivo a la par que crítico, entre el Derecho de la UE y el Derecho Constitucional de los Estados miembros a través de sus correspondientes y competentes órganos jurisdiccionales, haciendo al ordenamiento europeo más receptivo al Derecho Constitucional nacional y viceversa. El TJUE cada vez apuesta más por la “*búsqueda constante, con espíritu cooperativo y conciliador para encontrar la mejor ponderación de aquellos valores e intereses tan distintos y contrapuestos*”²²⁸⁵ con el mero objetivo de precisar y perfilar las reglas del juego del pluralismo jurídico y avanzar hacia una unión más político-constitucional.

La integración constitucional de Europa se ha realizado a través del intercambio continuo, directo e institucionalizado entre los ordenamientos constitucionales (por medio de sus máximos intérpretes) y el ordenamiento europeo (por medio del TJUE) en el contexto de la aplicación e interpretación del Derecho de la UE a través del tan relevante e imprescindible procedimiento prejudicial. Esta es la interdependencia reforzada en la que se mueve la integración europea, incluida aquella en clave dialéctica, siendo la única vía de evitar la obstrucción a la aplicación efectiva del Derecho de la UE, pues el absolutismo judicial (al igual que el político y económico) tiene sus días contados. A su vez, la búsqueda de un punto intermedio por el que apostamos, si bien debe incorporar concesiones para garantizar un nivel de confianza dialéctica, no puede significar un “exceso de constricciones jurídicas que inhiban la acción e integración europea”²²⁸⁶ sobre todo en el mantenimiento del sistema garantista europeo de derechos fundamentales.

No obstante, por todo lo anterior, apostamos por un uso frecuente de la cuestión prejudicial cuando surgen dudas en materia de la interpretación de derechos fundamentales, a la vez que consideramos imprescindible la adaptación mutua entre los

²²⁸⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “A la búsqueda de la identidad constitucional...*op.cit.* p. 352.

²²⁸⁵ *Id.* p. 353.

²²⁸⁶ CRAIG, P.: “The European Union Act 2011: locks, limits and legality”, *Common Market Law Review*, Vol. 48, núm. 6, 2011, pp. 1942-1944.

tribunales constitucionales nacionales y el europeo²²⁸⁷, sobre todo cuando afecta a los derechos fundamentales.

1.1.3. El TJUE como garante supremo de los nuevos derechos digitales: praxis consolidada y evolutiva del derecho a la protección de datos en la UE

Es precisamente en el seno de la UE donde se ha producido uno de los desarrollos más interesantes de los derechos fundamentales en el terreno digital pues el TJUE ha forzado que se aborde el establecimiento de los límites entre dos grandes (y en ocasión contrapuestos) derechos fundamentales: por un lado, las cláusulas relativas al orden axiológico fundamental, asentado en la dignidad y el libre desarrollo de la persona, en cuanto a su intimidad y la protección de sus datos personales y, por otro, la apertura a los estándares europeos e internacionales relativas a las libertades informativas. A falta de una regulación completa y europea de la Red, a nivel europeo, los jueces han sido los principales agentes en la interpretación y regulación de la misma a través de la protección de los derechos fundamentales vinculados y más afectados por la misma.

En lo que al juez-intérprete europeo se refiere, el TJUE ha asentado, a lo largo de su existencia, amplia jurisprudencia sobre los derechos digitales, en general, y los derechos digitales emergentes, en particular, basándose en el propio sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE en virtud del artículo 6 TUE²²⁸⁸ y desde una posición

²²⁸⁷ POPELIER P.: “Europe Clauses and Constitutional Strategies in the Face of Multi-Level Governance”, *Maastricht journal of European and comparative law (The Constitutional Adulthood of Multi-Level Governance)*, Vol. 21, núm. 2, 2014, pp. 318: “situaciones excepcionales o en momentos constitucionales fundamentales [...] impone tanto a los ordenamientos nacionales como al europeo la obligación de adaptación mutua, lo que a su vez requiere cierta ‘tolerancia constitucional’. Un requisito mínimo es la aceptación de otras formas de legitimidad, adaptadas a las características propias de este sistema multinivel” (traducción propia).

²²⁸⁸ Más sobre esta cuestión, vid. FREIXES SANJUÁN, T.: “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4, 2005, pp. 43-86; GROUSSOT, X. y PECH, L.: “Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty”, *Fondation Robert Schuman Policy Paper*, núm. 173, 2010, pp. 1-13; y ARESTIS, G.: “Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective”, *College of Europe Cooperative Research Paper*, núm 2, 2013, pp. 1-14; GODOY, M.O. “Protección de Derechos Fundamentales y Diálogo Jurisdiccional en el Ámbito Europeo”, *Foro Nueva época*, Vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 387-399; y CARMONA CONTRERAS, A.: “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en perspectiva constitucional: Un proceso en construcción”; Congreso Asociación Constitucionalistas de España, 2016, pp. 1-25. Disponible en: <http://congresoace.deusto.es/wp-content/uploads/2016/01/MESA-1-Ana-Carmona.pdf>

de autonomía²²⁸⁹. La jurisprudencia emergente del TJUE, en lo que atañe a temas de protección de datos y la privacidad informativa, ha sido motivo de gran desarrollo al reconocer, en la práctica jurisprudencial, la importancia de proteger este derecho fundamental. Esto se debe a varias razones: entre ellas, cabe destacar la creciente velocidad y volumen de las NTIC, y sobre todo, porque, como ya se ha observado, la protección de datos es objeto de una competencia legislativa específica en el seno de la UE.

Todo lo cual significa que la protección de datos constituye un objeto clásico y autónomo de garantía y regulación en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, y así, el TJUE ha podido desarrollar su comprensión sustantiva. De este modo, la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de datos se erige en un referente básico para la interpretación y revisión de este derecho, tanto en el ámbito de la UE, como en el de los Estados Miembros. Al igual que con la regulación normativa, la jurisprudencia en esta materia requiere un análisis minucioso, ya que muestra el cambio de perspectiva de esta última década de la UE hacia un mayor reconocimiento y protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Además, el TJUE, a través de su labor jurisprudencial *“ha ofrecido soluciones prácticas a los problemas que plantea el ejercicio de los derechos en Internet”*²²⁹⁰.

La influencia del TJUE en la interpretación, y, por ende, en el desarrollo del derecho a la protección de datos en el ámbito de la UE, a través de su procedimiento prejudicial, ha sido igualmente asombrosa. Existe una amplia variedad de asuntos que han sido llevados al TJUE directamente relacionados con esta materia. En este sentido, no resulta sorprendente que la mayor parte de la jurisprudencia esté vinculada a la Directiva 95/46/CE, pues hasta 2016 ha sido la legislación principal en materia de protección de datos en la UE. A continuación, se efectuará un balance de las sentencias más significativas para la interpretación y desarrollo de los elementos fundamentales del derecho a la protección de datos de carácter personal. A continuación, se hará mención de los hitos jurisprudenciales y se analizarán más detenidamente los desarrollos más

²²⁸⁹ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 24 (julio-diciembre), 2015, p. 2.

²²⁹⁰ ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en internet...op.cit.*, p. 65.

recientes en materia de protección de datos²²⁹¹, con especial atención a las interpretaciones jurisprudenciales relativas a la protección del derecho fundamental a la protección de datos.

A. Hasta 2017

Cabe mencionar, por el hecho de ser la primera sentencia del TJUE indirectamente relacionada con la privacidad y la protección de datos, el clásico Asunto *Stauder*²²⁹² que versaba sobre la posible vulneración del entonces denominado Derecho comunitario en la identificación de consumidores y beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social. El TJUE consideró que la disposición en *litis* no requería la identificación de los beneficiarios por su nombre y señaló que esta no debía contener ningún elemento que pudiera perjudicar los derechos humanos fundamentales consagrados en los principios generales del Derecho comunitario; no sólo sostuvo que la información identificable de las personas no estaba justificada en este caso por ser innecesaria, sino también consagró que los derechos humanos fundamentales formaban parte de los principios generales de las entonces Comunidades Europeas. En otro orden de cosas, en lo que se refiere al supracitado sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE, el TJUE en este asunto aprovechó para resaltar que, tal y como se recogió más adelante en el art. 6 TUE, los derechos fundamentales de la persona, subyacentes en los principios generales del Derecho europeo, deben ser garantizados por el propio TJUE, sobre todo cuando se ven menoscabados por disposiciones de derecho derivado²²⁹³.

Tras la adopción de la Directiva 95/46/CE, comenzaron los procedimientos prejudiciales, tanto de interpretación como de validez, sobre cuestiones relativas a la regulación y delimitación de la protección de los datos personales, tratándose aspectos muy variados: desde lo que constituye, o no, ‘tratamiento’ o ‘divulgación’ de datos de carácter personal, y, por tanto, quién se considera responsable de dicho tratamiento o

²²⁹¹ Sólo se analizarán las sentencias del Tribunal de Justicia y no las del Tribunal General o del Tribunal de la Función Pública (éste último desaparecido en 2016, integrándose sus miembros en el Tribunal General), no por considerarlas menos importantes, sino por economía temporal.

²²⁹² Asunto C-29/69, *Erich Stauder v City of Ulm*, STJUE de 12 de noviembre de 1969.

²²⁹³ *Vid.* apartado 7 de la STJUE de 12 de noviembre de 1969.

procesamiento²²⁹⁴, las limitaciones y fines del tratamiento²²⁹⁵, el alcance de la independencia de las autoridades competentes de protección de datos²²⁹⁶, qué se considera o no ‘dato personal’²²⁹⁷, o datos personales ‘especialmente sensibles’²²⁹⁸, hasta la delimitación de los titulares del derecho²²⁹⁹, los derechos sustantivos, procedimentales y los estándares mínimos de protección del interesado²³⁰⁰, así como la conciliación con otros derechos fundamentales en conflicto²³⁰¹.

²²⁹⁴ Como los ya citados asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof v. Osterreichischer Rundfunk*, STJUE de 20 de mayo de 2003, apartado 74; el asunto C-101/01, *Bodil Lindqvist*, STJUE de 6 de noviembre de 2003, apartados 27-39; o el asunto C-212/13, *František Ryněš v. Úřad pro ochranu osobních údajů*, STJUE 11 de diciembre de 2014 apartados 25, 31 y 33; y el asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014; el asunto C-230/14, *Weltimmo s.r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információs szabadság Hatoság*, STJUE 1 de octubre de 2015, apartados 30, 53, y ss; y el asunto C-362/14, *Schrems v. DP Commissioner*, STJUE de 6 de octubre de 2015, apartado 45.

²²⁹⁵ Asunto C-524/06, *Huber v. Alemania*, STJUE de 16 de diciembre de 2006, apartados 52-58. También el TJUE consideró que, dado que el objeto de la Directiva es garantizar un nivel equivalente y una protección uniforme en los Estados Miembros en lo relativo a la regulación de la protección de datos de carácter personal, la interpretación de la ‘necesidad’ no puede variar entre Estados Miembros y, por consiguiente, el TJUE debe interpretarlo conforme al Derecho de la UE. *Vid.*, también, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen y Eifert v. Land Hessen y Bundesantalt fur Landwirtschaft un Ernährung*, STJUE de 9 de noviembre de 2010; asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Seitlinger y otros*, STJUE de 8 de abril de 2014; asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB (C-203/15) y Post- och telestyrelsen*, y *Secretary of State for the Home Department (C-698/15) y Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*, STJUE de 21 de diciembre de 2016; el asunto C-13/16 *Valsts Rīgas Policijas reģiona pārvaldes Kārības Policijas pārvalde pašvaldības y Rīgas SIA "Rīgas Satiksme*, STJUE de 4 de mayo de 2017; y el asunto C-73/16, *Peter Puškár, v. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky y Kriminálny úrad finančnej správy*, STJUE 27 de septiembre de 2017

²²⁹⁶ *Vid.*, por ejemplo, el asunto C-518/07, *Comisión v. Alemania*, STJUE de 9 de marzo de 2010 y el asunto C-614/10, *Comisión v. Austria*, STJUE de 16 de octubre de 2012, apartados 48-52 (añadiendo a los requisitos de *Comisión v. Alemania*, que una mera independencia funcional no es suficiente, si no se asegura una imparcialidad total a la hora de actuar).

²²⁹⁷ *Vid.* en sentido afirmativo, los Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen y Eifert v. Land Hessen y Bundesantalt fur Landwirtschaft un Ernährung*, STJUE de 9 de noviembre de 2010., apartado 59; el asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, STJUE de 24 noviembre de 2011; y el asunto C-201/14, *Smaranda Bara and Others v. Casa Națională de Asigurări de Sănătate and Others*, STJUE de 1 de octubre 2015; el asunto C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, STJUE de 19 de octubre de 2016, apartado 43; o el asunto C-434/16, *Peter Nowak y Data Protection Commissioner*, STJUE de 20 de diciembre de 2017, apartados 31-46; y en sentido negativo, asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, *YS v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v. M and S*, STJUE de 17 de julio de 2014, apartado 39; Asuntos acumulados C-141/12 and C-372/12, *YS v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v. M and S*, 17 July 2014, apartado 39.

²²⁹⁸ *Vid.* asunto C-101/01, *Criminal proceedings against Bodil Lindqvist*, STJUE de 6 de noviembre de 2003, apartado 51.

²²⁹⁹ Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen y Eifert v. Land Hessen y Bundesantalt fur Landwirtschaft un Ernährung*, STJUE de 9 de noviembre de 2010.

²³⁰⁰ *Vid.*, por todos, el asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014, apartado 99; y el asunto C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce y Salvatore Manni*, STJUE de 9 de marzo de 2017.

²³⁰¹ *Vid.*, por ejemplo, el asunto C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, STJUE de 16 de diciembre de 2008 que versaba sobre la relación entre el periodismo, la libertad de expresión y la protección de datos de carácter personal. A pesar de que el TJUE inclinó su balanza a favor de las libertades informativas y no a favor de la protección de datos, sí que nos sirve para

Por un lado, resulta interesante destacar el asunto *Lindqvist*²³⁰², ya mencionado en el Capítulo I al hablar de la conciliación entre la protección de datos y la libertad de expresión, por ser también la primera decisión prejudicial europea que versaba en su totalidad sobre la protección de datos en Internet (aunque la Directiva aplicable no hiciera ninguna mención al mismo), sobre la excepción de actividades realizadas en la vida privada o familiar (la llamada ‘excepción doméstica’), e, indirectamente, sobre el control de los datos de carácter personal en la Red. Recordemos que el caso trataba de la publicación de textos que incluían información que identificaba a compañeros de trabajo de voluntariado, así como información relacionada con la salud y pasatiempos de los mismos. La información adquirida y publicada se hizo sin el consentimiento de las personas implicadas, y así, al recibir las primeras quejas, la Señora Lindqvist eliminó la página. Sin embargo, las autoridades suecas de protección de datos iniciaron igualmente un procedimiento de infracción contra ella por el tratamiento y difusión de datos personales, sin la obtención del permiso previo correspondiente de las autoridades suecas de protección de datos o del consentimiento de las personas afectadas.

Para el TJUE no existía duda alguna que la publicación de este tipo de información, aunque fuera por un particular, constituyera un tratamiento de datos de carácter personal²³⁰³. Brevemente, sobre la excepción doméstica, si bien la Sra. Lindqvist publicó

apuntar las dudas que surgen cuando se producen situaciones similares pero con intermediarios digitales no institucionalizados o clásicos como emisores y receptores en la difusión de contenidos tal y como apunta RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información...*op.cit.*, p. 14. También fue el caso, aunque indirectamente, del asunto *Comisión v. Alemania* (apartado 30 de la STJUE de 9 de marzo de 2010). Efectivamente, para garantizar una protección real, efectiva y adecuada, las autoridades nacionales de control de datos deben ponderar y encontrar un equilibrio entre el respeto del derecho fundamental a la vida privada, en su faceta más concreta en el derecho fundamental a la protección de datos y los demás intereses en cuestión. *Vid.* también el asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España, S.A.U.*, STJUE de 29 de enero de 2008, apartados 63 y ss., y el asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Sociétés belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, STJUE de 24 noviembre de 2011, apartado 51, ambos relativos a la conciliación entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos del usuario internauta. Por último, *vid.* el asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014, apartado 81 sobre la conciliación del derecho al olvido digital y la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información, y los intereses económicos de un motor de búsqueda. Además, en lo que a intereses o derecho de terceros se refiere, *vid.* el asunto C-13/16 *Valsts Rīgas Policijas reģiona pārvaldes Kārības Policijas pārvalde pašvaldības y Rīgas SIA "Rīgas Satiksme*, STJUE de 4 de mayo de 2017.

²³⁰² Versaba sobre la publicación de textos que incluían información que identificaba a compañeros de trabajo de voluntariado, así como información relacionada con la salud y pasatiempos de los mismos. La información adquirida y publicada se hizo sin el consentimiento de las personas implicadas, y así, al recibir las primeras quejas, la Señora Lindqvist eliminó la página. Sin embargo, las autoridades suecas de protección de datos iniciaron igualmente un procedimiento de infracción contra ella por el tratamiento y difusión de datos personales, sin la obtención del permiso previo correspondiente de las autoridades suecas de protección de datos o del consentimiento de las personas afectadas.

²³⁰³ *Vid.* apartados 24-27 de la STJUE de 6 de noviembre de 2003.

en Internet datos personales en el marco de actividades de carácter más bien voluntario y/o religioso, el TJUE no se consideró que constituyeran actividades pura y exclusivamente personales o domésticas, y por ende, gozaran de la reconocida excepción doméstica²³⁰⁴. Nos interesa, especialmente, el análisis que hace el TJUE sobre la cuestión prejudicial relativa a la potencial transferencia de datos debido a la naturaleza de la Red como medio sin fronteras espacio-temporales que permite la accesibilidad ilimitada a un número indefinido de personas de información, incluidas aquellas ubicadas en países terceros²³⁰⁵. No obstante, el TJUE efectuó una distinción importante entre transferencia y transmisión, pues la primera se entiende como un traslado de datos de un país a otro y transmisión se refiere al traslado de páginas web de distintos servidores que las alojan a los ordenadores de los usuarios, concluyendo que el asunto en cuestión versaba sobre este segundo supuesto²³⁰⁶. Ello tiene sentido, en la medida en que si se considerara que toda publicación en la Red constituye una transferencia internacional de datos, ello implicaría restricciones excesivas a cualquier actividad particular en la misma, pues los Estados miembros estarían obligados a prevenir o eliminar datos personales publicados en Internet que no cumplieran con las garantías exigidas por la normativa de protección de datos en esta materia.

²³⁰⁴ Vid. apartados 44-48 de la STJUE de 6 de noviembre de 2003.

²³⁰⁵ Id. apartado 58: “La información que se publica en Internet puede ser consultada en cualquier momento por un número indeterminado de personas que residen en múltiples lugares. La ubicuidad de esta información se debe, en particular, a que los medios técnicos empleados para acceder a Internet son relativamente sencillos y cada vez menos costosos”.

²³⁰⁶ Id. apartados 59- 61: “Según las modalidades de uso de Internet que se han puesto a disposición de particulares [...] el autor de una página destinada a ser publicada en Internet transmite los datos a su proveedor de servicios de alojamiento de páginas web. Éste gestiona la infraestructura informática necesaria para garantizar el almacenamiento de dichos datos y la conexión del servidor que aloja el sitio Internet [...]permite la transmisión posterior de dichos datos a cualquier persona que esté conectada a Internet y los solicite. Los ordenadores que integran esta infraestructura informática pueden encontrarse, e incluso a menudo se encuentran, en uno o varios países distintos de aquél en el que tiene el domicilio el proveedor de servicios de alojamiento de páginas web, sin que sus clientes tengan o puedan tener conocimiento de ello [...]para obtener la información que figura en las páginas web en las que la Sra. Lindqvist había introducido datos relativos a sus compañeros, un usuario de Internet debía no sólo conectarse sino también realizar, a iniciativa propia, las acciones necesarias para consultar dichas páginas. En otras palabras, las páginas web de la Sra. Lindqvist no contenían los mecanismos técnicos que permiten el envío automático de la información a personas que no hayan buscado deliberadamente acceder a dichas páginas [...]los datos personales que llegan al ordenador de una persona que se encuentra en un país tercero y que proceden de una persona que los ha publicado en un sitio Internet, no han sido objeto de una transferencia directa entre estas dos personas, sino que se han transmitido con la ayuda de la infraestructura informática del proveedor de servicios de alojamiento de páginas web donde está almacenada la página” (énfasis nuestro).

Por otro lado, cabe destacar que ha habido un cambio sustancial de mentalidad interpretativa (para algunos más bien con escasa claridad²³⁰⁷) en tanto en cuanto al carácter autónomo del derecho a la protección de datos y su independencia del derecho a la vida privada, en general, y a la privacidad, en particular. De tal forma tenemos el salto progresivo y aclaraciones conceptuales, en clave hermenéutica, entre los asuntos *Rijkeboer* (aludiendo al derecho a la privacidad como sinónimo del derecho a la protección de datos, o cuando menos, al segundo como faceta del primero)²³⁰⁸, el asunto *Schecke* (en el que se describe el derecho a la protección de datos como fundamental pero estrechamente vinculado a los derechos de intimidad y vida privada), el asunto *L'Oréal* (en el que se alude al derecho a la intimidad como bien jurídico a proteger en lo que respecta al tratamiento de los datos personales)²³⁰⁹, y, finalmente, el asunto *Google Spain* (que pone de relieve las diferentes bases jurídicas para el derecho a la vida privada frente al derecho a la protección de datos)²³¹⁰. Por ello, se ha hecho hincapié en la necesidad de aclarar el carácter autónomo e independiente del derecho fundamental a la protección de datos a la luz del TUE, la CDFUE, la legislación derivada europea y la jurisprudencia en la materia²³¹¹. Todo lo anterior demuestra el paulatino cambio de mentalidad de un enfoque totalizador sobre la privacidad hacia modelos interpretativos de la privacidad y la protección de datos como dos derechos fundamentales distintos pero complementarios²³¹².

La jurisprudencia europea consolidada ha constatado que el régimen de protección de datos de Europa tiene un gran alcance y está dotado de un amplio margen interpretativo,

²³⁰⁷ GONZÁLEZ FUSTER G., y GELLERT, R. “The fundamental right of data protection...*op.cit.*, pp. 73 y 79.

²³⁰⁸ Asunto C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v. M.E.E. Rijkeboer*, STJUE de 7 de mayo de 2009.

²³⁰⁹ Asunto C-324/09, *L'Oréal y otros*, STJUE de 12 de julio de 2011, apartados 62 y 63.

²³¹⁰ Asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014, apartado 69.

²³¹¹ GONZÁLEZ FUSTER G., y GELLERT, R. “The fundamental right of data protection...*op.cit.*, p. 81: “it is crucial for the consolidation of the emergence of the fundamental right to data protection in the EU, and for the solidity of such framework, that any upcoming data protection instrument is accurately framed in relation with Article 8 of the Charter. [...] the existence of a new fundamental right, different from the right to privacy. Only by overtly placing the regulation of personal data protection under the scope of the new fundamental right (instead of under an imprecise reference to rights and freedoms of the individual, including the right to privacy, and the free flow of personal data) can the EU ensure progress towards the substantiation of personal data protection in the EU”.

²³¹² De hecho, y en esta línea, Lynskey ha presentado este fenómeno no clarificado con tres diferentes modelos para su entendimiento: el modelo 1 (la protección de datos y la privacidad como herramientas complementarias), el modelo 2 (la protección de datos como faceta del derecho a la vida privada) y el modelo 3 (el derecho a la protección de datos como derecho llamado a responder a fines diferentes, entre los que se incluye la protección de la privacidad). *Vid.*, sobre esta cuestión, LYNKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, pp. 94-104.

confiriéndole a este derecho una comprensión *iusfundamental*. Otra clara muestra de ello se puede apreciar en el asunto *Schecke*, cuando se concluyó, por primera vez, que las disposiciones de legislación derivada europea no eran válidas si constituían una intromisión desproporcionada en los derechos garantizados en la CDFUE, especialmente en los referentes al derecho a la protección de datos y a la vida privada o privacidad²³¹³; o en los asuntos *Google Spain*, *Schrems* o en el Dictamen negativo del TJUE relativo al *Proyecto de Acuerdo entre Canadá y la UE con respecto a la transferencia de datos de los PNR*²³¹⁴, al marcar distancia entre las garantías europeas y las norteamericanas en materia de protección de datos, pues en la UE se requiere una protección total²³¹⁵, impidiendo que ciertas posibilidades que otorga Internet, como es la proliferación de los motores de búsqueda, el uso de las redes sociales o la transferencia de datos sensibles de pasajeros aéreos queden al margen de los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales.

B. Desde 2018

A continuación, se analizarán más detenidamente las líneas jurisprudenciales de los últimos años, dada la consagración práctica del derecho fundamental a la protección de datos que aportan, por su posicionamiento sobre este como el derecho por excelencia en la era digital y por el desarrollo del mismo en clave de constitucionalismo multinivel y diálogo judicial.

²³¹³ LYNSKEY, O.: *The Foundations of EU Data...op.cit.*, p. 64.

²³¹⁴ Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 que tiene por objeto una solicitud de dictamen presentada por el parlamento europeo el 30 de enero de 2015 con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11. Así, el TJUE declara la incompatibilidad del actual texto del acuerdo UE-Canadá con el Derecho europeo argumentando que aunque la transferencia sistemática, la retención y el uso de todos los datos de los pasajeros se permiten, en esencia, varias disposiciones del proyecto de acuerdo no cumplen los requisitos derivados de los las obligaciones y derechos fundamentales de la UE, por ser, en esencia, una injerencia grave en el derecho fundamental al respeto de la vida privada y en el derecho fundamental a la protección de datos personales. El TJUE sostiene que, si bien las interferencias en cuestión pueden justificarse por el ejercicio de la seguridad pública, varias disposiciones del Acuerdo PNR, en especial aquellas relativas a los datos sensibles y al almacenamiento continuo PNR tras el desembarque, no se limitan a lo estrictamente necesario para alcanzar dicho objetivo, vulnerando, el Derecho de la UE. Por ello, el TJUE concluye que dicho acuerdo debería adaptarse para garantizar los estándares mínimos exigidos por la UE en lo que a protección de datos se refiere.

²³¹⁵ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información...op.cit.”, p. 16.

En primer lugar, el asunto *Wirtschaftsakademie*²³¹⁶ versaba sobre la orden, de la agencia independiente de protección de datos del *Land* alemán de Schleswig-Holstein al administrador de una página de fans del ámbito educativo en Facebook, por la que se solicita la desactivación de una página alojada en la plataforma por incumplimiento de la normativa europea de protección de datos en tanto en cuanto no se les informaba a los visitantes de la página sobre la recogida y el uso posterior de sus datos personales mediante *cookies*. En su sentencia, el TJUE, por un lado, recuerda que tanto la filial de Facebook en la UE como el administrador de una página de la misma deben considerarse como responsables del tratamiento de los datos de carácter personal que hacen de sus usuarios, así como de aquellas personas que visitan páginas alojadas por la red social; estableciendo que este puede ser cualquier persona física o jurídica que solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales²³¹⁷. Además, confirma que, en el momento que una persona crea una página en dicha red social y suscribe sus condiciones de uso, entre las que se incluye la política de uso de las llamadas *cookies*, permite a Facebook efectuar un tratamiento de la información personal y flujos de navegación en aras de mejorar su sistema de publicidad y promoción de actividades, y permite al administrador de la página obtener estadísticas personalizadas sobre los actos llevados a cabo por los usuarios en dicha página y datos demográficos con el objetivo de mejorarla)²³¹⁸. Así lo resume concluyendo que:

“el administrador de una página de fans alojada en Facebook, como Wirtschaftsakademie, participa, mediante su acción de configuración, en función, en particular, de su audiencia destinataria, así como de objetivos de gestión o de promoción de sus actividades, en la determinación de los fines y los medios del tratamiento de los datos personales de los visitantes de su página de fans. De este modo, dicho administrador debe ser calificado en el presente caso de responsable de ese tratamiento en la Unión, [...] conjuntamente con Facebook Ireland. En efecto, el hecho de que un administrador de una página de fans utilice la plataforma

²³¹⁶ Asunto C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein y Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, Facebook Ireland Ltd, Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht*, STJUE de 5 de junio de 2018.

²³¹⁷ *Id.*, apartados 27-30.

²³¹⁸ *Id.*, apartados 34-38. En efecto, entre los poderes del administrador a la hora de configurar la página de fans, se incluía la obtención de datos geográficos y demográficos como la edad, el sexo, la situación sentimental o la profesión de los visitantes de la página, así como información sobre su estilo de vida, intereses y comportamiento de compras online, en aras de permitir “*al administrador de la página de fans saber dónde efectuar promociones especiales u organizar eventos y, con carácter más general, dirigir de forma óptima su oferta de información*” (apartado 37).

ofrecida por Facebook para disfrutar de los servicios asociados a esta no le exime de sus obligaciones en materia de protección de datos personales”²³¹⁹.

De este modo, a través de la atribución a las dos entidades de una responsabilidad conjunta, se pretende garantizar una protección “completa”²³²⁰ de los derechos de que disponen las personas que visitan una página de fans, conforme a las exigencias de la normativa europea en la materia, asegurando la efectividad del derecho fundamental a la protección de datos.

Por otro lado, con el objetivo de garantizar un cumplimiento real, en el territorio alemán, de las normas europeas en materia de protección de datos, el TJUE recalca que la autoridad independiente de protección de datos alemana es competente para iniciar procedimientos contra Facebook, a pesar de ser una empresa establecida fuera de la UE y tener su domicilio social en otro Estado miembro, precisamente porque dispone de otros establecimientos “estables” en Alemania y porque el tratamiento de los datos personales se ha realizado en el territorio de la UE²³²¹.

En segundo lugar, el asunto *Testigos de Jehová*²³²² versaba sobre la inclusión o no de la actividad de predicación puerta a puerta de una comunidad religiosa en el concepto de tratamiento de datos de carácter personal recogido en la Directiva de protección de datos o, por el contrario, si está comprendida dentro de las excepciones previstas como parte del ejercicio de actividades personales o domésticas. Sobre esta última cuestión el TJUE recuerda que la excepción exige que se trate del ejercicio de actividades “exclusivamente personales o domésticas” y que se refiere a la actividad de la persona cuyos datos personales son tratados, y no la de la persona que los trata²³²³. Además, el TJUE considera que, aunque los datos personales no sean tratados de manera automatizada, entran dentro de la noción (amplia) de “fichero”²³²⁴, y por tanto se consideran co-responsables de tratamiento tanto los predicadores individuales que los recopilan así como la entidad

²³¹⁹ *Id.*, apartados 39-40.

²³²⁰ *Id.* apartado 42.

²³²¹ *Id.* apartados 54, 55, 60 y 64, en virtud de la interpretación que hace del Considerando 19 de la Directiva y la jurisprudencia asentada en el asunto *Weltimmo* (apartado 28, STJUE de 1 de octubre de 2015) y el *Google Spain* (apartados 55 y 56 de la STJUE de 13 de mayo de 2014).

²³²² Asunto C-25/17, *Tietosuojavaltuutettu Jehovan todistajat - uskonnollinen yhdyksunta*, STJUE 10 de julio de 2018. Para un análisis más detallado del asunto, vid. GELLERT, R.: “Door-to-Door Preaching by Jehovah's Witnesses Community Falls under Data Protection Law”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 4, núm. 3, 2018, pp. 391-395.

²³²³ *Id.*, apartados 40-43.

²³²⁴ *Id.* apartados 56, 60 y 62.

religiosa que fomenta dicho tratamiento, lo utilice o no posteriormente²³²⁵. Así, el TJUE concluye que

*“una comunidad religiosa es responsable, junto con sus miembros predicadores, de los tratamientos de datos personales efectuados por estos últimos en relación con una actividad de predicación puerta a puerta organizada, coordinada y fomentada por dicha comunidad, sin que sea necesario que la comunidad tenga acceso a los datos ni haga falta demostrar que la comunidad ha impartido a sus miembros instrucciones por escrito o consignas respecto a esos tratamientos”*²³²⁶.

En tercer lugar, el asunto *Deutsche Post*²³²⁷ versaba sobre la recogida y el tratamiento de datos de carácter personal en el marco del cumplimiento de la normativa aduanera de la UE. Concretamente se preguntaba si el código aduanero europeo, que permite a las autoridades aduaneras requerir a los solicitantes la comunicación de números de identificación fiscal para la recaudación del impuesto sobre la renta, era compatible con la normativa europea en materia de protección de datos y si, por tanto, el personal de las oficinas tributarias correspondientes hace un tratamiento adecuado en tanto en cuanto solicita información fiscal que hace a una persona identificable²³²⁸ y, en consecuencia, deben atenerse a las salvaguardias del régimen de protección de los datos personales o si el ejercicio de esta actividad figura como una excepción de dicha normativa²³²⁹. El TJUE, establece que la recogida de datos fiscales resulta necesaria para el cumplimiento de las obligaciones legales a las que están sujetas las autoridades aduaneras con respecto a la liquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, dándose un tratamiento determinado, explícito, legítimo de datos de carácter personal²³³⁰. Asimismo, el TJUE señala que el tratamiento efectuado es adecuado y pertinente en tanto en cuanto la recogida y uso de datos personales está limitada a lo estrictamente necesario para alcanzar el fin legal perseguido, evitando la recopilación y el tratamiento de datos especialmente sensibles²³³¹. Por todo ello, concluye que la normativa europea aduanera aplicable debe

²³²⁵ *Id.*, apartados 70-71.

²³²⁶ *Id.* apartado 75.

²³²⁷ Asunto C-496/17, *Deutsche Post AG y Hauptzollamt Köln*, STJUE de 16 de enero de 2019.

²³²⁸ Los datos fiscales, nos recuerda el tribunal que son datos de carácter personal. *Vid.* apartados 54-56 de la STJUE de 16 de enero de 2019.

²³²⁹ *Id.*, apartados 57-60.

²³³⁰ *Id.* apartados 61 y 62.

²³³¹ *Id.* apartados 65 y 66.

interpretarse como compatible con la normativa europea en materia de protección de datos, permitiendo a las autoridades en cuestión

“exigir al solicitante del estatuto de AEO que comuniquen los números de identificación fiscal, asignados para la recaudación del impuesto sobre la renta, que conciernan únicamente a las personas físicas que sean las personas encargadas del solicitante o las que controlen su dirección y las encargadas de los asuntos aduaneros, así como las coordenadas de las oficinas tributarias competentes respecto al conjunto de estas personas, siempre que dichos datos permitan a esas autoridades obtener información relativa a las infracciones graves o reiteradas de la legislación aduanera o de las disposiciones fiscales o las infracciones penales graves cometidas por esas personas físicas en relación con su actividad económica”²³³².

En cuarto lugar, el asunto *Buivids*²³³³ versaba también sobre datos personales, recopilados por una persona física, en el ámbito del ejercicio de las funciones de terceros, miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, y posteriormente divulgados en la Red con fines periodísticos. En otras palabras, este caso versaba sobre la conciliación del derecho fundamental a la protección de datos y el derecho fundamental a la libertad de expresión. En efecto, tanto la CDFUE como la Directiva de protección de datos contemplan que ningún derecho fundamental es absoluto y prevén mecanismos de conciliación entre derechos o intereses en conflicto. Así, el marco regulatorio de la protección de datos prevé limitaciones al derecho a la protección de los datos de carácter personal para dar cabida y dotar de efectividad a la libertad de expresión. En este caso, el TJUE confirma que tanto el tipo de grabación realizada (grabación de vídeo de personas almacenada en un dispositivo de grabación continua con disco duro), como su posterior divulgación por la Red, haciéndola universalmente accesible, constituyen un tratamiento de datos personales²³³⁴. Además, el TJUE recuerda que las excepciones previstas se aceptan cuando el tratamiento tiene como finalidad objetivos de interés público como la

²³³² *Id.* apartado 70.

²³³³ Asunto C-345/17, *Sergejs Buivids y Datu valsts inspekcija*, STJUE 14 de febrero de 2019.

²³³⁴ *Id.*, apartados 34 y 39: “grabación de vídeo en la que aparecen personas almacenada en un dispositivo de grabación continuada, a saber, la memoria de dicha cámara. De este modo, una grabación de esta índole constituye un tratamiento de datos personales automatizado [...] publicar, en un sitio de Internet de vídeos en el que los usuarios pueden enviarlos, verlos y compartirlos, una grabación de vídeo, como el vídeo controvertido, que contiene datos personales, constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado de esos datos”

seguridad, o cuando se hace como actividad personal o doméstica y con el fin de garantizar los derechos y libertades amparados por la normativa de protección de datos, estas excepciones deben interpretarse de forma restrictiva²³³⁵; no es ninguna de las dos excepciones aplicables en el presente caso²³³⁶ ni puede excluir de la calificación de ‘dato personal’ aquella información que se inscribe en el contexto de una actividad profesional o funcional²³³⁷.

Desde una óptica análoga, el TJUE, en su análisis de un posible equilibrio entre la protección de datos y la libertad de expresión, afirma la necesidad de conciliar estos derechos fundamentales, prestando especial atención al papel que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática y al objetivo principal del marco europeo de protección de datos en proteger la privacidad e intimidad de las personas en lo que al tratamiento y divulgación de sus datos se refiere. Así, interpreta la noción de ‘actividad periodística’ como aquella que tiene por finalidad “divulgar al público información, opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión”²³³⁸, establece que no se puede excluir este derecho a aquellos que no se dedican profesionalmente al periodismo²³³⁹, con independencia del medio que se utilice para difundir la información (en este caso la conocida plataforma de *YouTube*)²³⁴⁰, y aclara que ni siquiera este derecho y su correspondiente ejercicio es absoluto; debiéndose encontrar que la divulgación al público tiene como única finalidad llamar la atención sobre determinadas prácticas irregulares de los cuerpos y fuerzas de seguridad sobre la base de su experiencia personal para comprenderse en la excepción del fin periodístico²³⁴¹, y siempre y cuando la injerencia en los derechos a la protección de datos y a la intimidad se haya verificado cumpliendo con los principios de adecuación y proporcionalidad²³⁴² y acorde con la jurisprudencia sentada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parámetro interpretativo sobre los derechos en juego²³⁴³. Resulta significativo, no obstante, que, a pesar de no entrar a valorar la cuestión, el TJUE ponga sobre la mesa la interpretación europea sobre este asunto, expresando finalmente que no se puede dudar de la injerencia en el derecho

²³³⁵ *Id.* apartados 40 y 41.

²³³⁶ *Id.* apartados 42 y 43.

²³³⁷ *Id.*, apartados 45 y 46.

²³³⁸ *Id.* apartados 52-54.

²³³⁹ *Id.* apartado 55.

²³⁴⁰ *Id.* apartado 57.

²³⁴¹ *Id.* apartados 58-62.

²³⁴² *Id.* apartado 64.

²³⁴³ *Id.* apartado 65 y 66.

fundamental en el respeto de la vida privada, intimidad y a la protección de datos de carácter personal en el asunto controvertido²³⁴⁴ y que la grabación de videos o imágenes y posterior divulgación por un medio tan característico e universalmente accesible y utilizado constituye, sin lugar a dudas, un tratamiento de datos de carácter personal, siendo únicamente legítimo cuando dicha divulgación sea estrictamente necesaria para un fin exclusivamente periodístico²³⁴⁵.

En quinto lugar, el asunto *Planet49*²³⁴⁶ versaba sobre aspectos relacionados con el consentimiento y la colocación de cookies. Con carácter previo al análisis de la sentencia prejudicial, cabe hacer dos matizaciones. La primera, a modo de justificación de la extensión desproporcionada del análisis de esta sentencia frente a las demás examinadas en las páginas precedentes, cabe apuntar que esta es la primera sentencia del TJUE en materia de protección de datos en la que se efectúa un examen e interpretación jurídica extensivo no sólo de la normativa en vigor en el momento de los hechos controvertidos, sino que, seguidamente, también lo efectúa con respecto al RGPD, en igual profundidad; ello lo argumenta en base a que las acciones de cesación derivadas de la interpretación de dicha sentencia (pues el procedimiento se inició contra la empresa con la finalidad de detener el tratamiento de datos de carácter personal a través del consentimiento tácito de la política de cookies) deberán ajustarse a la normativa actualmente en vigente (el RGPD), y, además, insiste en que, de conformidad con el criterio sistemático de exégesis hermenéutica, la interpretación de ambas Directivas en juego han de entenderse a la luz del RGPD²³⁴⁷. La segunda, a modo de aclaración técnica, cabe apuntar que las cookies, o paquetes de datos, son elementos de código almacenados en un ordenador, generalmente en un navegador, que se utilizan para rastrear la actividad de los usuarios en línea²³⁴⁸. Los

²³⁴⁴ *Id.* apartados 67 y 68.

²³⁴⁵ *Id.* apartado 69.

²³⁴⁶ Asunto C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Planet49 GmbH*, STJUE de 1 de octubre de 2019.

²³⁴⁷ *Vid.*, en tal sentido, los apartados 41-43 de la supracitada STJUE de 1 de octubre.

²³⁴⁸ En efecto, la primera vez que se visita una página web se crea una cookie, la cual recopila información, en gran parte personal, a la que puede acceder el operador de la página web. Esto permite no sólo conferir al usuario un mejor servicio, sino también un servicio más personalizado (p. ej., manteniendo el idioma de la página inicialmente escogido por el usuario o guardando los productos seleccionados y guardados en el carrito de la compra de una tienda *online*). Este tratamiento implica, en gran medida, la recopilación y procedimiento de datos de carácter personal (de manera directa, como es el correo electrónico, nombres de usuario, dirección IP, términos de búsquedas previas, o de manera indirecta, como es el tiempo dedicado en un sitio web, información estadística sobre el perfil del usuario, etc). Otro problema es que, si bien algunas cookies se eliminan después de abandonar el sitio web (este el caso, p. ej., de la banca en línea), otras permanecen durante años y se utilizan para registrar los hábitos de navegación y adaptar debidamente las preferencias de los sitios web visitados (de ahí viene la elaboración de perfiles y la publicidad personalizada, con las consecuencias discriminatorias y la distorsión de la información en la web). La

hechos que motivaron la remisión de una cuestión prejudicial ante el TJUE, por parte de un tribunal nacional alemán se resumen de la siguiente manera: (i) la empresa alemana Planet49, al organizar un juego con fines promocionales en línea, exigía, para acceder a la lotería, el registro por parte del usuario, inscribiendo su nombre y código postal en el formulario, así como el consentimiento sobre el tratamiento de datos de carácter personal a través de un casilla no marcada, y proporcionaba el consentimiento sobre la utilización de cookies, a través de una casilla previamente marcada; (ii) la Federación alemana de organizaciones y asociaciones de consumidores impugnó esta práctica ante los tribunales ordinarios que fallaron a favor de la empresa sobre la base de que el aviso legal era suficientemente claro y preciso y que el rechazo de consentimiento implicaba igualmente una acción expresa (la de desmarcar); (iii) ya en sede casacional, el tribunal de instancia, al albergar dudas de interpretación de la Directiva de protección de datos (vigente en el momento que dieron lugar los hechos controvertidos), la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (“Directiva e-Privacy”, en adelante) y el ahora vigente RGPD²³⁴⁹ con relación al uso de las cookies, planteó cuatro cuestiones prejudiciales referente a esta materia²³⁵⁰.

La primera preguntaba si existía un consentimiento válido, en el sentido de los preceptos europeos, cuando el almacenamiento de información o la obtención de acceso a información ya almacenada en el equipo de un usuario se autoriza a través de una casilla ya marcada de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento. La segunda preguntaba si hay diferencias de criterio cuando la información almacenada y obtenida se refiere a datos de carácter personal. La tercera y cuarta, estrechamente ligadas, preguntaban si el consentimiento exigido por la empresa

Directiva 2009/136/UE, que modifica la normativa europea sobre la protección de los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y sobre el tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, requiere que los operadores del sitio web informen a los usuarios sobre el almacenamiento de los datos supracitados y garanticen un consentimiento o aceptación del tratamiento válido.

²³⁴⁹ Como indicaba el propio TJUE en sus observaciones preliminares, a pesar de que el litigio sucedió en 2017, cuando todavía no había entrado en vigor el RGPD, “*en la medida en que el procedimiento iniciado por la Federación persigue el cese del comportamiento de Planet49 para el futuro, el Reglamento 2016/679 resulte *ratione temporis* en el marco del litigio principal, debido a la jurisprudencia nacional relativa a la situación jurídica pertinente en materia de acciones de cesación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*”. Vid. apartados 38-43 de la STJUE de 1 de octubre de 2019.

²³⁵⁰ En tal sentido, conviene efectuar una aclaración. Si bien las cuestiones prejudiciales planteadas fueron técnicamente dos, la primera cuestión contenía tres sub-preguntas enumeradas. Así pues, hemos decidido, en aras de analizar el contenido de cada una, considerarlas como cuatro preguntas independientes, y así se reflejará en el análisis efectuado a continuación.

alemana se consideraba válido según el Derecho de la UE y qué información debe facilitarse al usuario por parte del proveedor de servicios para cumplir con la obligación de facilitar información clara y completa, y si ello implica ofrecer información relativa al tiempo que las cookies permanecerán activas y al acceso de terceros.

Con respecto a la primera cuestión prejudicial, el TJUE efectúa una serie de consideraciones. Por un lado, recuerda que la asociación de un número de registro y los datos proporcionados en el mismo “personaliza los datos almacenados por las cookies cuando el usuario se sirve de Internet, de modo que la recogida de tales datos mediante las cookies constituye un tratamiento de datos personales”²³⁵¹ y no de información anónima. Por otro lado, en lo referente al consentimiento, una interpretación literal del precepto de la Directiva e-Privacy precisa que el consentimiento debe tener el mismo significado que el consentimiento del interesado definido por la Directiva de Protección de Datos²³⁵² y debe expresarse a través de una acción del usuario, mediante cualquier medio apropiado que “permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario”, poniendo como ejemplo, “mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet”²³⁵³. El TJUE, siguiendo la línea interpretativa del Abogado General, considera que el consentimiento del tratamiento de información personal (entendido como “toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan”, realizándose de forma inequívoca, según la Directiva) implica, necesariamente un comportamiento activo y no pasivo (como el de la casilla ya marcada con anterioridad)²³⁵⁴. Debido a la imposibilidad de comprobar si el usuario da un consentimiento efectivo e inequívoco y dada la prohibición de presunción del consentimiento que se establece en la normativa aplicable, incluyendo el RGPD (excluyendo expresamente el consentimiento en caso de silencio o por inacción del interesado), concluye que:

“el hecho de que un usuario active el botón de participación en el juego con fines promocionales organizado por dicha sociedad no basta para considerar que el usuario ha dado de manera válida su consentimiento para la colocación de cookies [...] [y que tal consentimiento] no se presta de manera válida cuando el

²³⁵¹ Vid. apartado 45 de la STJUE de 1 de octubre de 2019.

²³⁵² Id. apartado 50.

²³⁵³ Id. apartado 49.

²³⁵⁴ Id. apartados 51-53 y apartado 60 de las Conclusiones del Abogado General (Szpunar) de 21 de marzo de 2019.

*almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de cookies se autoriza mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento*²³⁵⁵.

Con respecto a la segunda cuestión prejudicial, sobre la relación entre el carácter ‘personal’ de la información tratada y el otorgamiento del consentimiento, el TJUE indica que si bien la Directiva E-Privacy no hace una distinción entre el tipo de información de carácter personal que se almacena y pone a disposición de terceros por parte del consentimiento de las cookies, y si bien en el caso concreto estas acciones constituyen un tratamiento de datos personales²³⁵⁶, la Directiva E-Privacy (así como la interpretación del art. 8 del CEDH por parte del TEDH) pretende proteger a los usuarios frente a injerencias a su vida privada, independientemente de que esta se lleve a cabo a través (o afecte a) datos de carácter personal o no²³⁵⁷, y por tanto *“no deben interpretarse de manera diferente en función de que la información almacenada o consultada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet sean o no datos personales”*²³⁵⁸.

Con respecto a la última cuestión prejudicial, se pregunta si la información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario debe incluir el tiempo durante el cual las cookies estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas. Precisamente en relación con el consentimiento del uso de las cookies y el subsiguiente tratamiento de datos de carácter personal que estas efectúan, la normativa europea exige que el usuario/interesado se le informe sobre los fines de dicho tratamiento y que el consentimiento debe otorgarse tras recibir información suficientemente clara y completa como para discernir las consecuencias de aceptar las condiciones en torno al tratamiento “con pleno conocimiento de causa”²³⁵⁹. Además, la normativa europea de protección de datos requiere, como parte del deber de información que se incluya no sólo cuestiones relativas a la identidad del responsable del tratamiento o los fines para los que se recabará, *“cualquier otra información tal y como los destinatarios o las categorías de destinatarias de los datos en la medida que [...] información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal”* (énfasis nuestro)²³⁶⁰. Si bien el

²³⁵⁵ Vid. apartados 55-65 de la STJUE de 1 de octubre de 2019.

²³⁵⁶ Id. apartados 67-68.

²³⁵⁷ Id. apartado 69.

²³⁵⁸ Id. apartado 71.

²³⁵⁹ Id. apartado 74.

²³⁶⁰ Id. apartado 77.

tiempo de duración del tratamiento no se especifica como información relevante, la enumeración se debe considerar una lista no exhaustiva²³⁶¹ (*numerus apertus*) y por tanto, cualquier información relativa al tiempo durante el cual las cookies estarán activas responde a dicha exigencia en tanto en cuanto el factor tiempo juega un papel esencial a la hora de determinar la conformidad de la recogida, almacenamiento, uso e intercambio de datos personales con el principio de lealtad.

Como bien apunta el TJUE, un periodo de tiempo largo o ilimitado implica el tratamiento “*de numerosos datos sobre los hábitos de navegación y la frecuencia de las eventuales visitas del usuario a los sitios de los socios publicitarios del organizador del juego con fines promocionales*”²³⁶², que tiene como consecuencia incuestionable injerencias a su derecho a la privacidad, intimidad y a su derecho fundamental a la protección de sus datos personales, y que, además, resulta de sobra aclarado por el nuevo marco regulatorio en la materia en tanto en cuanto exige, para el cumplimiento de los principios de lealtad y transparencia, facilitar información acerca del plazo de conservación de los datos personales y, cuando no sea posible, acerca de los criterios utilizados para determinarlo²³⁶³. En relación con la posibilidad de acceso de terceros a las cookies, responde afirmativamente a través de una interpretación de las indicaciones mencionadas tanto en la anterior Directiva de protección de datos como el actual RGPD²³⁶⁴.

Habida cuenta lo anterior, y a modo de resumen, observamos que el TJUE concluyó que el consentimiento de los usuarios de un sitio web para el almacenamiento y acceso de cookies en su equipo no está válidamente constituido por una casilla de aceptación marcada por defecto, pues se requiere del usuario un consentimiento expreso, mediante acto libre, afirmativo, claro y específico sobre el deseo de aceptar el correspondiente tratamiento de los datos que le concierne; tal y como establece expresamente el nuevo marco regulatorio²³⁶⁵. Dicha interpretación es correcta atendiéndose a la actual normativa en la materia, pues el RGPD ha dejado despejado de toda duda que el simple hecho de

²³⁶¹ *Id.* apartado 78.

²³⁶² *Id.*

²³⁶³ *Vid.* el art. 13.2(a) RGPD.

²³⁶⁴ *Vid.* apartado 80-81 de la STJUE de 1 de octubre.

²³⁶⁵ *Vid.* arts. 6, 7 y el Considerando 32 del RGPD: “*El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal [...] Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento*”.

seguir navegando a pesar de la notificación de la política de las cookies, o el consentimiento preestablecido (ambas consideradas como silencio o inacción) no pueden considerarse como una declaración de consentimiento, y por tanto, resulta ser insuficiente para probar dicho acto afirmativo y claro.

Sin lugar a dudas, se puede calificar esta sentencia de hito jurisprudencial, en tanto en cuanto resulta ser un paso positivo hacia la protección efectiva de los interesados frente a las injerencias propias de las técnicas de vigilancia comercial, personalización y publicidad comportamental. No obstante lo anterior, cabe hacer dos pequeñas matizaciones. Por un lado, si bien la doctrina sentada en esta sentencia prejudicial establece un canon hermenéutico genérico, claro y conciso de las cookies, evitando así margen de discrecionalidad alguno y brindando seguridad jurídica en lo que al estándar apropiado del consentimiento de uso de cookies se refiere²³⁶⁶, al no entrar a valorar los diferentes tipos de cookies existentes no tiene en cuenta excepciones a esta regla genérica por la propia naturaleza y finalidad legítima de ciertas cookies. Las cookies como pequeños archivos creados por un sitio web que se almacenan en el equipo del usuario pueden configurarse para un sinnúmero de objetivos y con un sinnúmero de características: las cookies de sesión, como cookies diseñadas para recabar y almacenar datos mientras el usuario accede a una página web, o, incluso, las cookies publicitarias, son intrínsecamente distintas que las cookies de análisis, como aquellas que son tratadas por el titular del sitio o un tercero para cuantificar el número de usuarios y poder realizar una medición y análisis estadístico del uso del servicio. Estas últimas, por ejemplo, podrían justificarse, bajo el principio de licitud del tratamiento de datos de carácter personal, sin, necesariamente requerir consentimiento, si reunieran otra de las condiciones no acumulativas del art. 6.1 RGPD, como la necesidad de cumplir con una obligación legal, una misión realizada en interés público o en ejercicio del mismo conferido al responsable del tratamiento, o incluso, para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento. E incluso, si recabaran información estadística demográfica que activara la protección de los datos de carácter personal especialmente sensibles del art. 9 (tratamiento de categorías especiales de datos personales), la prohibición establecida en este precepto no se aplicaría puesto que el tratamiento de medición y análisis del tipo de usuario que frecuenta la página o utiliza el servicio electrónico queda

²³⁶⁶ Sobre todo teniendo en cuenta la falta de directrices que la llamada Directiva de las cookies ofrecía en esta materia. *Vid.*, en tal sentido, la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009.

exceptuado como tratamiento con fines estadísticos (art. 9.2(j) conjuntamente con el art. 89.1 RGPD). Todo lo cual puede generar controversias en un futuro.

Por otro lado, la protección efectiva de los consumidores usuarios en el entorno en línea, y por tanto, también considerados interesados del tratamiento de datos de carácter personal, sólo alcanzará plena eficacia cuando la Propuesta de Reglamento sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas (comúnmente llamado “Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas” o “Reglamento E-Privacy”) que complementa, como *lex specialis*, al RGPD, se adopte y entre en vigor.

Con el fin de ser exhaustivos en lo que a la praxis jurisprudencial en materia de protección de datos se refiere en el seno de la UE, cabe también aludir al asunto *Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*²³⁶⁷ pues no sólo demuestra la conexión entre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la vida privada y familiar, sino que además pone de manifiesto el carácter transversal de las garantías y derechos digitales y la relevancia del examen de ponderación que efectúa este órgano jurisprudencial europeo cuando de restricciones a derechos fundamentales se trata. Este asunto versaba sobre el consentimiento del interesado (o falta del mismo) y la instalación de un sistema de videovigilancia en las zonas comunes de un inmueble de uso residencial como restricción legítima de los derechos personalísimos ante la necesidad de garantizar el cuidado y la protección de las personas, bienes y activos y para satisfacer intereses legítimos. A grandes rasgos, se solicitaba al TJUE, mediante cuestión prejudicial, que se pronunciara sobre la difícil conciliación de dos intereses jurídicos en conflicto enfocado en el test de necesidad: por un lado, los derechos del interesado, y por otro los intereses legítimos del responsable del tratamiento y la protección de los derechos e intereses de los demás. En palabras del propio TJUE, este debía responder “*si el establecimiento de un sistema de videovigilancia [...] es proporcionado a los fines perseguidos, la cuestión de si los datos personales recogidos por dicho sistema cumplen la exigencia de proporcionalidad [exigida por la normativa de protección de datos]*”²³⁶⁸.

Recordando la jurisprudencia asentada del TJUE, cabe precisar que los requisitos impuestos por la normativa europea aplicable sobre la primacía de los derechos del

²³⁶⁷ Asunto C-708/18, *TK v. Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, STJUE de 11 de diciembre de 2019.

²³⁶⁸ *Vid.* apartado 30 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

interesado sobre el interés o fin legítimo perseguido por el responsable del tratamiento dependerá siempre de las circunstancias concretas del caso (*case-by-case approach*), deberá interpretarse de manera sistemática con el resto del ordenamiento europeo o no de manera aislada y deberá tener en especial consideración la importancia de los derechos fundamentales europeos a la protección de datos y vida privada y familiar. Con respecto a este caso concreto, el TJUE determina que la grabación videográfica y su almacenamiento constituye un tratamiento de datos de carácter personal²³⁶⁹, está comprendido en uno de los supuestos legitimados por y compatibles con el cumplimiento de los principios de calidad y licitud del tratamiento²³⁷⁰ puesto que considera como interés legítimo la protección de los bienes, de la salud y de la vida de los copropietarios de un inmueble²³⁷¹ y no considera superados los límites del examen estricto de necesidad (el alcance efectivo del interés legítimo mediante medios menos “atentatorios”) puesto que medios alternativos menos intrusivos previos habían resultado insuficientes y el controvertido se limitaba a las zonas comunes y vías de acceso del inmueble (aunque sí que comparte las alegaciones de la Comisión Europea en cuanto a la posibilidad de minimizar en la medida posible el tratamiento en materia de horario activo, calidad de la imagen en zonas controvertidas, etc.)²³⁷². Sobre el examen de ponderación entre los dos intereses en juego, el TJUE concluye que el criterio relativo a la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales del interesado constituye un componente esencial de dicho ejercicio²³⁷³ y que para este, se deben tener en cuenta elementos tales como la naturaleza de los datos personales, el número de personas que tendrán acceso, las expectativas razonables de privacidad, entre otros²³⁷⁴.

Así pues, observamos que la legislación europea ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial amplia y de vital importancia en lo que al desarrollo de los derechos emergentes ante la innovación tecnológica concierne y su conciliación con otros derechos e intereses clásicos. La intervención del TJUE constituye una garantía adicional de

²³⁶⁹ Vid. apartado 34-35 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

²³⁷⁰ Procede subrayar que la normativa europea “fija **tres requisitos acumulativos** para que el tratamiento de datos personales resulte lícito: primero, que el responsable del tratamiento o el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos **persigan un interés legítimo**; segundo, que el **tratamiento** de datos personales sea **necesario para la satisfacción de ese interés** legítimo; y, tercero, que **no prevalezcan** sobre el interés legítimo perseguido los **derechos y libertades fundamentales del interesado** en la protección de los datos” (énfasis nuestro). Vid., en tal sentido, el apartado 40 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

²³⁷¹ Vid., el apartado 42 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

²³⁷² Vid., los apartados 47, 49 y 51 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

²³⁷³ Vid., el apartado 56 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

²³⁷⁴ Vid., los apartados 57-59 de la STJUE de 11 de diciembre de 2019.

protección al trabajo desarrollado por el legislador europeo y los tribunales nacionales en lo que a la protección de datos y la privacidad *online* se refiere. En definitiva, el papel del TJUE como intérprete supremo y voz última del ordenamiento jurídico europeo ha sido especialmente notable en materia de protección de datos y del derecho al olvido, cuya denominación y regulación precisamente nació de la mano hermenéutica de este órgano jurisdiccional, como veremos a continuación.

1.1.4. El TJUE como garante supremo del derecho al olvido de las personas vulnerables

En lo que a la digitalización y el derecho fundamental a la protección de datos concierne, la UE ha vivido un largo proceso de desarrollo normativo y jurisprudencial que ha conducido a un reconocimiento y garantía expresa del derecho fundamental a la protección de datos y del derecho al olvido como hemos intentado sintetizar en los *Capítulos I y II*, así como en el apartado precedente. De todo lo anterior no cabe duda de que las garantías normativas han sido objeto de una interpretación jurisprudencial distinguida en la protección de los derechos en la era de Internet y su difícil conciliación con otros derechos y libertades fundamentales. Así, la intervención del aparato jurisdiccional europeo “*constituye una garantía adicional al trabajo desarrollado pacientemente por los tribunales nacionales*”²³⁷⁵. A juicio de Burgorgue, son dos los elementos claves de la garantía que proporcionan el TJUE y los tribunales nacionales, a través de buen uso de la cuestión prejudicial, para el sistema europeo de los derechos fundamentales: por un lado, permite la posibilidad de poner el Derecho de la UE en entredicho “*sobre la base de una argumentación que se cimienta en la preservación de los derechos fundamentales*” y, por otro lado, asegura la protección efectiva de los derechos fundamentales anteponiéndolos por encima de las libertades económicas²³⁷⁶. En otras palabras, los derechos fundamentales para el TJUE son simultáneamente instrumento de medida de la rectitud del Derecho europeo y límite de las divergencias en clave *iusfundamental* que pueda haber entre los ordenamientos jurídicos que pertenecen al constitucionalismo multinivel europeo.

²³⁷⁵ ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en internet...op.cit.*, p. 43.

²³⁷⁶ BURGORGUE-LARSEN, L.: “La formación de un derecho constitucional europeo...op.cit.”, p. 69.

Esto es especialmente visible en lo que a la protección de los datos de carácter personal se refiere, y en tal línea desarrollaremos estos dos elementos desde la perspectiva de la protección del derecho al olvido de las personas en situación de vulnerabilidad por parte del TJUE. Por ello, a continuación, analizaremos cómo ha tratado el TJUE la noción de vulnerabilidad, los pronunciamientos más relevantes para el ejercicio efectivo del derecho al olvido, y extrapolaremos elementos de su exegesis doctrinal basada en los derechos fundamentales y en la salvaguardia prioritaria del derecho al olvido para los colectivos vulnerables que llevamos tratando a lo largo de este trabajo.

En primer término, como ya adelantamos en la parte introductoria de este trabajo, los intentos de definir la noción de vulnerabilidad han demostrado la complejidad y dinamismo inherente a dicho concepto. Ha sido, de hecho, el Consejo de Europa el que, sin haber proporcionado una definición clara y precisa, a través de sus propias garantías ha desarrollado extensivamente el concepto de vulnerabilidad, y subsiguientemente, ha protegido de manera efectiva a las personas en situación de vulnerabilidad. Sobre todo ha apostado por un enfoque de la vulnerabilidad no solo basado en la pertenencia a un grupo minoritario (definición tradicional de las personas o colectivos vulnerables la cual evidentemente presenta problemas) sino también y conjuntamente, en factores sistémicos e históricos de desigualdad, estigmatización e indefensión. Estas referencias, si bien sucintas en este trabajo, serán el objeto de una investigación post-doctoral más amplia. Un análisis de las garantías normativas y jurisdiccionales en el seno del CdE, así como sus convergencias y divergencias con las equivalentes a nivel supranacional resulta insoslayable y sin duda, de interés, dada la necesidad de conciliación y convivencia de la actividad de las dos grandes organizaciones en el marco del sistema europeo de derechos fundamentales, colaboración que además se refleja en la Constitución material de la UE²³⁷⁷ y en las constituciones de sus Estados miembros, y subsiguientemente, para tener en cuenta los estándares del CEDH y la CSE y la jurisprudencia de sus órganos de control, especialmente relevante en el caso de los derechos digitales emergentes tales como el derecho al olvido. En semejantes complementariedad y sinergia se abundará con motivo de la más amplia investigación postdoctoral.

Retomando el objeto de la tesis, en el seno de la UE, la vulnerabilidad como concepto y como factor a tomar en consideración a la hora de ponderar nuevos derechos con

²³⁷⁷ Tanto en el art. 6 TUE con la futura y pendiente adhesión de la UE al CEDH impuesta por la reforma del Tratado de Lisboa, así como en los arts. 52 y 53 de la CDFUE.

intereses y derechos clásicos parece haber cobrado mayor impulso en los últimos años, sobre todo en el contexto de la protección de los derechos fundamentales. Si bien encontramos numerosas referencias normativas al estatuto jurídico de las personas vulnerables o a la vulnerabilidad en sentido más amplio, este ordenamiento jurídico tampoco goza de una definición íntegra de la vulnerabilidad. No obstante, del marco normativo y del histórico jurisprudencial, observamos no sólo una clara influencia y apertura, como hemos apuntado a lo largo de este capítulo, hacia el sistema del CdE, en especial la jurisprudencia del TEDH, en cuanto a la interpretación de determinados derechos, sino también un ensanchamiento de las cualidades y circunstancias que producen situaciones de vulnerabilidad.

Tanto el desarrollo normativo como jurisprudencial demuestran la consideración (y posterior reconocimiento y protección) progresiva del fenómeno de la *vulnerabilización* en la UE. Ippolito e Iglesias reflexionan en su obra sobre las cinco etapas por las que ha pasado en enfoque europeo de la vulnerabilidad²³⁷⁸. La primera floreció con la consideración de la vulnerabilidad cimentada en las características físicas o inherentes perceptibles (los clásicos colectivos como los niños, los mayores o las personas discapacitadas, y aunque se preste más a la controversia, también las mujeres). La segunda se centró en la vulnerabilidad ateniendo a la pertenencia a grupos minoritarios en contraposición con la cultura, grupos o posturas sociales dominantes (generalmente se asocia a minorías raciales, religiosas, étnicas o lingüísticas)²³⁷⁹. La tercera versaba sobre la posición jurídica de aquellos no pertenecientes al estatus jurídico de ciudadano nacional –y por ende europeo– (los extranjeros, incluidos los inmigrantes, refugiados, solicitantes de protección internacional, etc.). La cuarta cubría situaciones de vulnerabilidad producidas por la acción humana intencionada (víctimas de delitos u otras conductas dañinas). La quinta aglomeraba diversas situaciones de vulnerabilidad supeditadas a circunstancias socio-espacio-temporales (reclusos, personas pobres o en riesgo de exclusión social).

Si bien estamos fundamentalmente de acuerdo con esta clasificación, nosotros alteraríamos parcialmente estas categorías o etapas de la protección de la vulnerabilidad

²³⁷⁸ IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “Introduction”, en IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds) *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Portland, 2015, pp. 4-6.

²³⁷⁹ Aquí podríamos también incluir las llamadas “minorías sexuales”, interpretándolas, por supuesto, en sentido amplio para abarcar la cuestión de la identidad de género. *Vid.*, por todos, GRACIA IBÁÑEZ, J.: “Autonomía y vulnerabilidad de las personas LGBT...*op.cit.*”, p. 102.

en la UE. Por un lado, no estamos de acuerdo con la equiparación de las mujeres con otros grupos dependientes y de riesgo en función de una supuesta vulnerabilidad inherente, y de hecho, las incluiríamos en una categoría específica, *sui generis*, que llamaríamos vulnerabilidad estructural, en la que quizás también se podrían incluir al resto de colectivos de la quinta etapa. Extrapolando su conceptualización al ámbito de la salud y las clasificaciones de la violencia, concebimos la vulnerabilidad estructural como la condición de elevado riesgo a consecuencias negativas a las que están expuestas determinadas personas o grupos debido a las estructuras o jerarquías sociales existentes: una suerte de mala distribución manifiesta y con patrones que posiciona a determinados individuos en desventaja.

Asimismo, resulta de especial interés, sobre todo en el ámbito tecno-digital, la quinta etapa de reconocimiento y protección de la vulnerabilidad producida por circunstancias espacio-temporales. La Red en sí misma es un espacio sin fronteras, en la que el elemento temporal pierde su sentido, y además, como hemos visto a lo largo de este trabajo, a pesar de que no discrimina por sí sola, sí que vemos que los patrones socio-culturales del mundo *offline* se repiten y se reflejan en el mundo *online*, mediante el uso y abuso del mismo, produciendo consecuencias nefastas para ciertos colectivos. Con independencia de la taxonomía que se prefiera utilizar, lo cierto es que las situaciones de vulnerabilidad que hemos tratado a lo largo de este trabajo, es decir, la vulnerabilidad digital de los menores, de las personas trans y, generalizando, la de las víctimas de violencia, la encontraríamos a medio camino entre la quinta (como categoría de vulnerabilidad más universal) y la primera, segunda y cuarta categorías, respectivamente.

Por un lado, y quizás rozando la obviedad, dada la vulnerabilidad inherente y los factores psicológicos asociados a estos, los menores quedarían encuadrados en la primera categoría, dada la vulnerabilidad vinculada a la pertenencia a una minoría sexual poco comprendida en ciertos espacios socio-culturales, las personas trans quedarían encuadradas en la segunda categoría, y, dada la vulnerabilidad devenida por ser los sujetos de acciones intencionalmente dañinas, las víctimas de violencia quedarían encuadradas en la cuarta categoría. Por otro lado, y más en la línea que adoptábamos en la parte introductoria de este trabajo, la vulnerabilidad es universal, en tanto en cuanto todos estamos o estaremos potencialmente expuestos a un daño, dependiendo del contexto socio-temporal. De tal manera que en la quinta categoría, en la que se supedita la vulnerabilidad a circunstancias socio-espacio-temporales, podría incluirse el espacio

digital, como foro social y espacio-temporal *sui generis* que expone a todos los que interactúan, de manera voluntaria y consciente o no, a mayor riesgo. Aquí volvemos a incidir en nuestro posicionamiento de la vulnerabilidad como mezcla resultante de factores concretos de trato desfavorable y exposición, desproporcionada, a sufrir graves violaciones a sus derechos fundamentales.

Volviendo a la jurisprudencia del TJUE, es relevante comentar la abundancia terminológica de la noción de ‘vulnerabilidad’ en sus decisiones prejudiciales pero su escasez en el contexto específico de los derechos fundamentales. Si bien hay una jurisprudencia extensa y extremadamente rica en el marco del Derecho Anti-Discriminatorio europeo con respecto a determinados colectivos subjetivamente vulnerables (resulta especialmente notable en el caso de las personas mayores y las personas con discapacidad en materia laboral, educativa y social, por ejemplo²³⁸⁰), el TJUE no ha hecho referencia a su vulnerabilidad como tal, pero sí a su calificación de “víctima”²³⁸¹ de trato desfavorable, o se ha referido a los “riesgos” para su dignidad y bienestar, a la “exclusión social” y a los “perjuicios” vinculados a esa vulnerabilidad inherente²³⁸².

Empero, el TJUE sí que ha hecho alusión a la vulnerabilidad como tal en numerosas ocasiones y contextos, desde el ámbito medioambiental (con referencia a ‘zonas’ o ‘especies’ vulnerables)²³⁸³ e industrial (con referencia a ‘sectores ‘vulnerables’²³⁸⁴), hasta la vulnerabilidad inherente o devenida de determinados colectivos de riesgo en el

²³⁸⁰ A pesar de que los derechos son universales y no cambian con la edad, y es una verdad casi absoluta que todo ser humano sufrirá algún tipo de deterioro temporal o permanente en algún momento de la vida, es innegable que las personas mayores y las personas con discapacidad a menudo se enfrentan al estigma y la discriminación que conlleva la prolongada duración de su existencia o la complejidad para mantenerla decente, en particular en todo lo relativo al acceso al empleo y otros servicios sociales; cuyo resultado siempre acaba siendo la exclusión social. Estas amenazas a su dignidad constituyen violaciones claras de sus derechos y los hace más vulnerables.

²³⁸¹ *Vid.* Asunto C-303/06 *Coleman*, STJUE de 17 de julio de 2008.

²³⁸² Es suficiente con citar algunos de los hitos jurisprudenciales, tales como los asuntos C-144/04, *Mangold*, STJUE 22 de noviembre de 2005; C-13/05 *Chacón Navas*, STJUE de 11 de julio de 2006; C-411/05, *Palacios de la Villa*, STJUE de 16 de octubre de 2007; C-388/07, *Age Concern England*, STJUE de 5 de marzo de 2007; C-341/08, *Petersen*, STJUE 12 de enero de 2012; así como los asuntos más recientes tales como C-141/11, *Prigge*, STJUE de 13 de septiembre de 2011; C-297/10, *Hennigs y Mai*, STJUE de 8 de septiembre de 2011; C-152/11, *Odar*, STJUE de 6 de diciembre de 2012; y los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*, STJUE de 11 de abril de 2013.

²³⁸³ *Vid.*, por todos, los asuntos más recientes: el Asunto C-197/18, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland y otros*, STJUE de 3 de octubre de 2019; el Asunto C-323/17, *People Over Wind y Sweetman*, STJUE de 12 de abril de 2018; el Asunto C-15/17, *Bosphorus Queen Shipping*, STJUE de 11 de julio de 2018; el Asunto C-251/14, *Balázs*, STJUE de 15 de octubre de 2015; y el asunto C-504/14, *Comisión/Grecia*, STJUE de 10 de noviembre de 2016.

²³⁸⁴ *Vid.* Asunto C-186/14 P, *ArcelorMittal Tubular Products Ostrava y otros/Hubei Xinyegang Steel Co.*, STJUE 7 de abril de 2016.

contexto del Mercado Interior (los consumidores vulnerables debido a su dependencia²³⁸⁵ o por razón de su capacidad mental o edad²³⁸⁶, los asegurados víctimas de accidentes automovilísticos²³⁸⁷ o grupos en riesgo socio-económico²³⁸⁸) y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (sobre todo en materia de extranjería²³⁸⁹ y de cooperación policial y judicial²³⁹⁰), entre otros. Precisamente sobre esto último, nos acogemos al análisis que ha efectuado el TJUE sobre la vulnerabilidad en el caso de los nacionales de terceros países solicitantes de asilo o protección internacional equivalente, pues utiliza conjuntamente su pertenencia a una minoría (nacional) en tanto que extranjero, el elevado riesgo a la exposición de un daño y la falta de garantías para enfrentarse a las injerencias en su derechos como elementos o motivos de vulnerabilidad²³⁹¹.

Lo cierto es que el TJUE no entra en detalle ni pretende ofrecer una definición autónoma de lo que significa la vulnerabilidad en el Derecho europeo, sino que utiliza este término, principalmente en función de su existencia como tal en la normativa europea

²³⁸⁵ Asunto C-446/08, *Solgar Vitamin's France y otros*, STJUE de 29 abril de 2010.

²³⁸⁶ Es especialmente relevante al respecto el asunto C-628/17, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów y Orange Polska S.A.*, STJUE de 12 de junio de 2019 (en el caso de las personas con diversidad funcional) y el asunto C-19/15, *Verband Sozialer Wettbewerb eV e Innova Vital GmbH*, STJUE de 14 de julio de 2016; el asunto C-547/14, *Philip Morris Brands y otros*, STJUE de 4 de mayo de 2016; y el asunto C-428/11, *Purely Creative y otros*, STJUE de 18 de octubre de 2012 (en el caso de los menores). Aunque sabemos que el TJUE ha enfocado su análisis más bien sobre la base del desequilibrio inherente contractual más que en la vulnerabilidad, es decir, en el consumidor como la parte más “débil” del contrato o situación de “inferioridad” del consumidor respecto al profesional que ofrece un bien o servicio. *Vid.*, como ejemplos, los Asuntos C-509/07, *Scarpelli*, STJUE de 23 de abril de 2009, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, STJUE de 3 de junio de 2010 y más recientemente, C-169/14, *Sánchez Morcillo y Abril García*, STJUE de 29 de agosto de 2014 y C-803/18, *BALTA*, STJUE de 27 de febrero de 2020. Más sobre la necesidad de distinguir entre ‘vulnerabilidad’ e ‘inferioridad’, en MICKLITZ, H.W.: *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 318-325.

²³⁸⁷ *Vid.* asunto C-371/12, *Enrico Petillo, Carlo Petillo y Unipol Assicurazioni SpA*, STJUE de 23 de enero de 2014; y el asunto C-413/15, *Farrell*, STJUE de 10 de octubre de 2017.

²³⁸⁸ Como el caso de los agricultores, *Vid.* el Asunto C-93/12, *Agrokonulting-04*, STJUE de 27 de junio de 2013.

²³⁸⁹ En especial en procedimientos de solicitud de asilo y reagrupación familiar. *Vid.*, por todos, los asuntos C-233/18, *Haqbin*, STJUE de 12 de noviembre de 2019, C-582/17 y 583/17; *H.*, STJUE de 2 de abril de 2019; y C-92/12 PPU, *C.*, STJUE de 26 de abril de 2012 (con respecto a los menores no acompañados o menores de acogida); los asuntos C-652/16, *Ahmedbekova*, STJUE de 4 de octubre de 2018 04/10/2018 y C-638/16 PPU, *X y X*, STJUE de 7 de marzo de 2017 (con respecto a refugiados y solicitantes de asilo pertenecientes a minorías religiosas o víctimas de amenazas).

²³⁹⁰ *Vid.*, por ejemplo, en el caso de sospechosos o acusados con diversidad funcional como en el asunto C-467/18, *Rayonna prokuratura Lom*, STJUE 19 de septiembre de 2019 o los menores como víctimas o testigos especialmente vulnerables como en el asunto C-507/10, *X*, STJUE 21 de diciembre de 2011.

²³⁹¹ *Vid.*, por todos, el asunto C-163/17, *Jawo*, STJUE de 19 de marzo de 2019: “ya que, por regla general, son personas vulnerables y desarraigadas que no están en condiciones de reclamar de forma efectiva los derechos que el Estado miembro de acogida les garantiza. Con el fin de permitir a estas personas alcanzar un nivel comparable al de los nacionales de ese Estado miembro y poder ejercer efectivamente tales derechos [...] [E]xpuesto a tal riesgo si tiene como consecuencia que se encuentre, debido a su especial vulnerabilidad, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema” (apartados 46 y 95).

y, progresivamente, como criterio a tener en cuenta en la identificación y evaluación de riesgos de diversa índole de determinadas personas, y, por ende, en la protección de los derechos fundamentales de determinados colectivos. Más allá de ser un concepto cada vez más distinguido de su análisis jurisprudencial, es una herramienta para la categorización, identificación y evaluación con el fin de activar mayor apoyo y garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de aquellos más afectados.

Esto se percibe con singular claridad en el asunto *Rayonna prokuratura Lom* cuando el TJUE expresa la necesidad de los tribunales, como garantías jurisdiccionales de la protección de los derechos, de “velar por los que se encuentran en una posible situación vulnerable”, siendo esta el fundamento de una buena y equitativa administración de la justicia y obligación estatal acorde con los estándares y compromisos europeos asumidos, a través del fomento de su capacidad de reacción ante potenciales injerencias a sus derechos. Según el TJUE esto sólo se puede conseguir teniendo en cuenta, como criterio de especial protección, “*cualquier posible vulnerabilidad que afecte a su capacidad de ejercerlos y tomando las medidas necesarias para garantizar dichos derechos*”²³⁹². En este sentido, reconoció las personas que no puedan comprender el contenido y significado de cierta información (en el caso concreto, información relativa a sus derechos procesales) tales como los menores o aquellos que sufren cualquier tipo de enajenación mental, como “*personas vulnerables*”²³⁹³.

Aun así, no podemos hablar todavía, en el seno de la UE, de una doctrina de la vulnerabilidad (o una basada en la misma), a diferencia de otras doctrinas jurisprudenciales bien asentadas y conocidas como la doctrina del efecto directo, la doctrina del margen de apreciación o la doctrina de la interpretación conforme. Lo que ha hecho el TJUE hasta la fecha, y por supuesto en un análisis caso por caso, es limitarse a utilizar factores o indicadores de estigmatización, discriminación así como patrones o riesgos sistémicos o desproporcionados como modelo para decidir quiénes pertenecen a un ‘grupo vulnerable’ y qué elementos o qué fuentes producen situaciones de vulnerabilidad. Ello explica las expresiones y nociones dispares que hemos observado en su jurisprudencia para hacer referencia a situaciones de vulnerabilidad.

²³⁹² *Vid.* apartados 9 y 44 de la STJUE de 9 de septiembre de 2019.

²³⁹³ *Id.* apartado 47.

Con relación a esto, resulta todavía más curioso que, en el ámbito digital, y concretamente en el análisis jurisprudencial del derecho al olvido, si bien no se ha utilizado el término vulnerabilidad, sí que se ha hecho alusión indirecta a través de dos componentes hermenéuticos: mediante la perspectiva de riesgo (o perjuicio) para los derechos fundamentales y mediante el uso frecuente de la expresión indeterminada y ambigua de “la situación particular” del interesado. Así, en segundo término, recordemos que el derecho al olvido ha sido un derecho de creación jurisprudencial, precisamente bautizado así por el propio TJUE, posteriormente consagrado en la modernización del marco normativo paneuropeo de protección de datos, y ulteriormente devuelto a las manos del TJUE para perfilar e interpretar su contenido y alcance en función de los casos concretos que se le presentan. Aunque no tratara el caso concreto del derecho al olvido, al guardar relación con el derecho de oposición, conviene volver a traer a colación el asunto *Bavarian Lager* precisamente por la insistencia que puso el TJUE en valorar el perjuicio causado al interesado como criterio para limitar otros derechos e intereses fundamentales, por ejemplo en lo que se refiere al derecho de acceso, el elemento del riesgo de la divulgación obliga a los responsables del tratamiento a denegar dichas solicitudes sobre la base de perjuicios derivados por semejante divulgación de datos de carácter personal:

*“derecho a oponerse en cualquier momento, por razones imperiosas y legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernen sean objeto de tratamiento, [...] habida cuenta de que el tratamiento [...] constituye una obligación jurídica [...] el interesado no dispone, en principio, de un derecho de oposición. Sin embargo, [...] prevé una excepción a esta obligación jurídica, debe tenerse en cuenta, sobre esta base, la incidencia de la divulgación de los datos relativos al interesado debe **denegarse el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad y la integridad de la persona**” (énfasis nuestro)²³⁹⁴.*

Con independencia de la materia que se trate, puesto que el TJUE, cumpliendo con su labor, no entra en detalle en las situaciones particulares de los interesados afectados, sino que dirige al tribunal nacional con pautas hermenéuticas para interpretar el caso conforme a la normativa europea de protección de datos, extrapolaremos su jurisprudencia en otros

²³⁹⁴ Vid. apartados 21, 25, 26, 43, 57 y 59 de la STJUE de 29 de junio de 2010.

campos y materias con relación a los colectivos que venimos tratando hasta ahora para determinar qué circunstancias y qué factores inherentes activan esta incipiente doctrina de la vulnerabilidad. Adelantamos que las fuentes de vulnerabilidad que acepta el TJUE son diversas, sin embargo, primero destacaremos los apuntes que efectúa sobre la vulnerabilidad de los menores, las personas trans y las víctimas de violencia, para luego incidir más en las cuestiones supracitadas desde su jurisprudencia del derecho al olvido.

A. Un acercamiento jurisprudencial a la vulnerabilidad de los menores, las personas trans y las víctimas de violencia.

El TJUE ha protegido aquellas personas vulnerables por sus características específicas psico-biológicas, centrándose en factores como la madurez debido a la edad, la fuerza física o la capacidad intelectual. La reducción o ausencia de todas ellas produce una vulnerabilidad o susceptibilidad al daño y/o la imposibilidad de revertirlo. Ello se aprecia especialmente en su jurisprudencia relativa a los **menores**, dentro y fuera del contexto de la protección de datos. Hasta años recientes no hemos visto un desarrollo jurisprudencial extenso en esta materia; la ascensión jurídica de la CDFUE y la adopción de normas y agendas estratégicas para proteger a los menores, han sido impulsores de este cambio. Si bien es cierto que la apuesta jurisprudencial europea pro-menores se ha centrado tradicionalmente en materias relativas a las libertades fundamentales y a la ciudadanía europea, en años recientes hemos visto una ampliación de la misma al contexto del Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia, y de manera especial en materia de asilo y cooperación judicial en materia civil.

Destacamos el asunto *Dynamic Medien*²³⁹⁵ como ejemplo de la jurisprudencia clásica del TJUE sobre la protección de los menores basada en su bienestar. De este extraemos que la “*protección de los menores es un objetivo estrechamente relacionado con la garantía del respeto de la dignidad humana*”²³⁹⁶, que la protección de los menores está ampliamente reconocida en el sistema europeo de derechos fundamentales “*tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [...] cuyo artículo 24, apartado 1, dispone que los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados*

²³⁹⁵ Destacamos como ejemplo clásico el Asunto C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, STJUE de 14 de febrero de 2008.

²³⁹⁶ *Id.* apartado 37.

necesarios para su bienestar”²³⁹⁷ y que excepciones a la libre circulación de mercancías que no hayan tenido en cuenta la edad del menor, con independencia de su soporte, constituyen medidas necesarias que “*protege[n] al niño contra toda información y material perjudiciales para su bienestar*”²³⁹⁸. De manera similar, ha puesto especial hincapié, en numerosas ocasiones, en el bienestar y libre desarrollo social del menor a la hora de valorar su interés superior en el contexto de solicitudes de protección internacional así como en casos relativos a cuestiones armonizadas del Derecho de Familia, habida cuenta su especial vulnerabilidad²³⁹⁹. Sobre el segundo resulta interesante citar el asunto *Sindicatul Familia Constanța y otros*²⁴⁰⁰ por tratar la “dificil situación familiar” (aspecto más bien social que bio-psicológico) como factor agravante de la vulnerabilidad para los menores”²⁴⁰¹. Sobre el primero resulta interesante citar el Asunto *A y S*²⁴⁰² por incluir, de manera expresa, el menor no acompañado como “solicitante vulnerable” y concluir que requiere “garantías procedimentales especiales” que deben determinarse por razón de “su especial vulnerabilidad” y en función del “interés superior del niño” como “consideración primordial” a la hora de interpretar y aplicar el Derecho europeo²⁴⁰³. Siguiendo esta línea, en el asunto *Ahmedbekova*²⁴⁰⁴ el TJUE, con respecto a la ampliación de la protección internacional a miembros de la familia por fundados temores a ser perseguido o correr un riesgo de sufrir daños graves y el caso concreto de hijos menores concluye que:

*“los miembros de la familia de una persona amenazada suelen encontrarse generalmente también en una situación vulnerable [...] en el marco de la evaluación individual de una solicitud de protección internacional, deben tenerse en cuenta las amenazas de persecución y de daños graves a las que se enfrenta un miembro de la familia del solicitante para determinar si este, a consecuencia de su vínculo familiar con la persona amenazada, también está expuesto a ellas”*²⁴⁰⁵.

²³⁹⁷ *Id.* apartado 41.

²³⁹⁸ *Id.* apartado 47.

²³⁹⁹ *Vid.*, por todos, los asuntos acumulados C-582/17 y C-583/17, *H.*, STJUE de 2 de abril de 2019; el asunto C-393/18 PPU, *UD*, STJUE de 17 de octubre de 2018; el asunto C-356/11, *O. y S.*, STJUE de 6 de diciembre de 2012 (permitiendo una excepción al requisito de los recursos suficientes en procedimientos de reagrupación familiar si lo justifican “circunstancias de especial gravedad o lo exige el interés superior del menor”); y el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, STJUE de 22 de diciembre de 2010.

²⁴⁰⁰ Asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța y otros*, STJUE de 20 de noviembre de 2018.

²⁴⁰¹ *Id.* apartado 71.

²⁴⁰² Asunto C-550/16, *A y S*, STJUE de 12 de abril de 2018.

²⁴⁰³ *Id.* apartados 14 y 58.

²⁴⁰⁴ Asunto C-652/16, *Ahmedbekova*, STJUE 4 de octubre de 2018.

²⁴⁰⁵ *Id.* apartados 50 y 51.

Esta faceta de la vulnerabilidad, desde la perspectiva del riesgo, a la que suele acoger el TJUE cuando hay menores involucrados se ve en el asunto *SM*²⁴⁰⁶ en el que el “riesgo específico e individualizado de los menores” a devenir vulnerables es el elemento principal a tener en cuenta en asegurar las máximas garantías para evitar explotación y abuso en los procedimientos de *kafala* (acogimiento legal algerino)²⁴⁰⁷. En todos los asuntos supracitados observamos la edad como ejemplo de la vulnerabilidad inherente ya estudiada, sea por el riesgo a exponerse a un daño, sea por su nivel de dependencia socio-económica. Aunque no nos adentremos en el sistema de protección europeo de los derechos sociales²⁴⁰⁸, sí que conviene, al menos, aludir a la amplia jurisprudencia del TJUE en materia social y laboral en conjunción con el principio de no discriminación y este colectivo, tanto en su vertiente igualitaria, protegiendo a los menores frente a actos, medidas o prácticas directa o indirectamente discriminatorias por motivo de su edad²⁴⁰⁹, como en su vertiente diferenciadora, estableciendo excepciones al principio de igualdad a través de justificaciones razonables; justificaciones que distinguen y diferencian por razón de edad, para alcanzar objetivos legítimos de la política social, favoreciendo a los más jóvenes en el acceso al ejercicio de una profesión²⁴¹⁰.

Asimismo, destacamos el énfasis que ha puesto el TJUE en la edad y nivel madurez como elementos a tener en cuenta no sólo en el ejercicio de sus derechos, sino también en la configuración de medidas protectoras para este colectivo. En el Asunto *Aguirre Zarraga* recordó que el art. 24 CDFUE debe interpretarse en su conjunto pues si bien exige que los menores puedan expresar su opinión libremente y que esta sea tenida en cuenta ‘en función su edad y madurez’, también establece que en todo momento se tenga en cuanto ‘el interés superior’ de éste, lo que puede, en determinadas ocasiones, debido a su vulnerabilidad inherente a su edad, o a la vulnerabilidad devenida por la situación en la que se ve envuelto puede justificar la conveniencia de no comparecer o darle audiencia, y por ende, en un examen caso por caso se deberá determinar:

²⁴⁰⁶ Asunto C-129/18, *SM (Enfant placé sous kafala algérienne)*, STJUE de 26 de marzo de 2019.

²⁴⁰⁷ *Id.* apartados 70-72.

²⁴⁰⁸ Para ello, *vid.* TUR AUSINA, R.: “Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 13, 2009, pp. 323-349.

²⁴⁰⁹ *Vid.*, por todos el asunto C-88/08, *Hütter*, STJUE de 18 de junio de 2009; y el el asunto C-555/07, *Küçükdeveci*, STJUE de 19 de enero de 2010.

²⁴¹⁰ *Vid.*, por todos, el asunto C-548/15, *de Lange*, STJUE de 10 de noviembre de 2016; y el asunto C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, STJUE de 19 de julio de 2017.

“sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes **tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, su presencia física ante el juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una **apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor**” (énfasis nuestro)²⁴¹¹.**

Por añadidura, aunque entra dentro del análisis de otro colectivo (las víctimas de delitos), conviene al menos referenciar que, en el asunto *Pupino*²⁴¹², el TJUE dejó de sobra claro que la vulnerabilidad de la víctima se medirá por factores agravantes de su situación, y califica de incuestionable que la “corta edad” es un factor principal para calificar a una víctima de “especialmente vulnerable”, y por ende, de otorgarle que “protección específica”²⁴¹³. En análoga línea en materia judicial y penal, y en cuanto a la edad, la dependencia y su relación con la vulnerabilidad, más recientemente, en asunto *Gambino y Hyka*²⁴¹⁴, observamos cómo el TJUE deja bien claro que se prestará especial atención las características personales de las víctimas de delitos afectadas y su relación de dependencia con el infractor, y, los menores de edad, deben poder beneficiarse de medidas especiales de protección al tener “necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias” y, en tal sentido, se “someterán a una evaluación individual” que tendrá en cuenta no solo la gravedad del delito, sino también el grado de los daños psicológicos o físicos sufridos por la víctima, así como futuros potenciales riesgos a su integridad física o emocional²⁴¹⁵.

Con respecto a la edad, nivel de madurez y prevención de situaciones de abuso y explotación, conviene al menos citar el Asunto *Noorzia*²⁴¹⁶ en el que el TJUE, con respecto al factor edad, en el marco de procedimientos de reagrupación familiar del

²⁴¹¹ Vid. apartados 63 y 64 de la STJUE de 22 de diciembre de 2010.

²⁴¹² Asunto C-105/03, *Pupino*, STJUE de 16 de junio de 2005.

²⁴¹³ *Id.* apartado 53.

²⁴¹⁴ Asunto C-38/18, *Gambino y Hyka*, STJUE de 29 de julio de 2019

²⁴¹⁵ *Id.* apartados 9, 50, 52 y 57.

²⁴¹⁶ Asunto C-338/13, *Noorzia*, STJUE de 17 de julio de 2014.

conyuge del conyuges, determinó que la edad mínima fijada a nivel nacional a la que se considera que una persona ha adquirido madurez suficiente para contraer matrimonio, evitaba casos de matrimonios forzados y consideró que a mayor edad mayor madurez²⁴¹⁷. En otro orden de cosas, el TJUE pone especial hincapié en la edad de la menor como elemento de vulnerabilidad en su propio examen de admisión de cuestiones prejudiciales en el contexto de procedimientos de urgencia:

*“afecta a una menor de muy corta edad -un año y dos meses en la fecha de la resolución de remisión- y que cualquier retraso en la sustanciación del proceso resulta perjudicial para el interés superior de esa menor [...] perjudicar gravemente, e incluso de manera irreparable, el desarrollo de la menor [...]afecta a una menor, cuya corta edad hace que su desarrollo y evolución resulten especialmente delicados”*²⁴¹⁸.

En análoga línea, y en el caso concreto de los derechos digitales, hemos de citar el *Asunto Rīgas*²⁴¹⁹ que, si bien concluyó en el caso concreto que el ejercicio o la defensa de acciones legales en materia civil (indemnización de daños y perjuicios) obligaba a la puesta a disposición de determinados datos personales de menores, el TJUE perfila el derecho fundamental a la protección de datos. Desde el punto de vista de los principios del tratamiento, recuerda que, en lo concerniente a la necesidad del tratamiento *“las excepciones y restricciones al principio de protección de los datos de carácter personal deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario”*²⁴²⁰. Desde el punto de vista de la ponderación de los derechos e intereses en juego, por un lado, recuerda que *“ésta dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate”*²⁴²¹, y por otro, desde el punto de vista concreto de la vulnerabilidad de los menores, recuerda que la edad del interesado presupone una situación muy particular y es uno de los factores a tener en cuenta en la ponderación del derecho a la protección de datos frente a las libertades informativas y otros intereses en juego²⁴²².

²⁴¹⁷ *Id.* apartados 15 y 16: *“debido a la mayor madurez, será menos fácil influir en los interesados para que celebren un matrimonio forzado y acepten la reagrupación familiar si se exige que ya hayan cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud”*.

²⁴¹⁸ *Vid.* apartados 23, 26 y 27 de la STJUE de 17 de octubre de 2018.

²⁴¹⁹ Asunto C-13/16 *Valsts Rīgas Policijas reģiona pārvaldes Kārtības Policijas pārvalde pašvaldības y Rīgas SIA “Rīgas Satiksme*, STJUE de 4 de mayo de 2017.

²⁴²⁰ *Id.* Apartado 30.

²⁴²¹ *Id.* Apartado 31.

²⁴²² *Id.* Apartado 33.

A renglón seguido comentaremos la doctrina jurisprudencial que verifica la labor protectora liderada por el TJUE para otro colectivo especialmente vulnerable: lo que hemos aglomerado en este trabajo como las **personas trans**. Como veremos a continuación, su jurisprudencia, de la misma manera que las garantías normativas europeas, ha intentado reducir de manera paulatina las murallas socio-jurídicas basadas en la discriminación y la exclusión social de este colectivo²⁴²³. En su caso, tendiendo puentes hermenéuticos, inspirándose en la jurisprudencia de las garantías jurisdiccionales del CdE, en especial el TEDH, y expandiendo los principios fundamentales de la UE en su labor interpretativa.

El TJUE se ha referido a la identidad de género y las personas trans tradicionalmente en relación con su exégesis doctrinal sobre la igualdad entre sexos o la orientación sexual como motivo de especial protección en el Derecho europeo antidiscriminatorio. No obstante, en tiempos recientes ha perfilado una línea jurisprudencial específica para un colectivo menos entendido e integrado. Esta reciente línea jurisprudencial viene, como consecuencia natural de la adopción de normas europeas que introducen la identidad de género como motivo amparado para conceder medidas protectoras específicas (a saber, el caso de solicitudes de asilo y protección internacional) y como motivo amparado contra medidas discriminatorias (en especial en materia socio-laboral). Aquí se vuelve a reflejar la perspectiva inicialmente elegida por el TJUE que interrelaciona la vulnerabilidad con la discriminación, estigmatización y persecución. En el caso de las primeras, la UE ha hecho especial hincapié en sus estrategias y directrices políticas en la discriminación, y vulnerabilidad devenida, de este colectivo allende las fronteras europeas, reflejado precisamente en el aumento de refugiados y solicitantes de asilo por razón de su identidad de género. En el caso de las segundas, a modo de recordatorio, la versión mejorada de la Directiva europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres precisamente introduce una referencia explícita a medidas y actos

²⁴²³ DÍAZ LAFUENTE, J.: “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional (Iustel)*, núm. 17, 2013, p. 3: “La identidad de género y la orientación sexual en la Unión Europea, como categorías sociales susceptibles de protección frente a la discriminación y la vulneración de los derechos fundamentales, han experimentado en el Derecho de la Unión Europea procesos de construcción jurídica paralelos pero claramente diferenciados. Mientras el reconocimiento de la identidad de género ha tenido como motor principal la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el reconocimiento de la orientación sexual se ha ido forjando gracias a las disposiciones normativas emanadas de las instituciones de la UE”.

discriminatorios contra gran parte del colectivo trans en sus considerandos (la discriminación basada en la reasignación de género).

La primera vez que el TJUE abordó la discriminación por motivo de la identidad de género fue en el asunto *P. contra S.*²⁴²⁴ y de este queremos destacar dos cuestiones. Por un lado, el eje interpretativo se centró únicamente en la discriminación por razón del sexo²⁴²⁵; esto tiene fácil explicación pues el caso versaba sobre discriminaciones (en el caso concreto en su expresión más grave -un despido-) derivadas del cambio de sexo de una persona y la normativa que debía interpretar el TJUE era la relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo. Además, si bien no hace referencia a la identidad de género (pues no era aplicable al caso) sí alude a la ‘identidad autodeclarada’ que hemos examinado en el capítulo precedente al asumir el enfoque de género de la jurisprudencia del TEDH (el entendimiento de que el sexo no es sólo un fenómeno biológico) sobre la definición de ‘persona transexual’²⁴²⁶, lo que como sabemos, en parte es extrapolable a las personas transgénero (tengan estas intención o no de adaptar quirúrgicamente sus características físicas). Por otro lado, el TJUE entendía que discriminar a una persona por razón de su transexualidad es un atentado contra el respeto a la dignidad y la libertad, las cuales este se ve obligado a proteger. Este hito jurisprudencial, si bien ha sido criticado por la interpretación restrictiva que contiene, abrió la puerta a reconocerles, años más tarde, a las personas transgénero la misma dignidad, libertad e igualdad, e incluso especial protección ateniendo a su vulnerabilidad. Por ello compartimos las reflexiones, en clave positiva, de Díaz Lafuente:

“Aunque circunscrita al ámbito laboral, la protección jurisprudencial de la personas transexuales en base al principio de discriminación por razón del sexo ha supuesto un gran avance en la lucha por los derechos de un colectivo que ha sufrido, y sigue sufriendo, una violación sistemática de sus derechos fundamentales

²⁴²⁴ Asunto C-13/94, *P. contra S.* y *Cornwall County Council*, STJUE de 30 de abril de 1996.

²⁴²⁵ *Id.* apartados 18-20. Es notable su insistencia en que el principio de igualdad constituye un principio cardinal del Derecho europeo y que el derecho a no ser discriminado por razón del sexo: “*constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar [...] el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado*”.

²⁴²⁶ *Id.* apartado 16: “*se entiende usualmente por transexuales aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible*”.

entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, y un elevado grado de discriminación y de estigmatización social”²⁴²⁷.

Hasta la fecha, el TJUE ha utilizado el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de la orientación sexual para proteger a las personas trans. Ello se ha podido observar sobre todo en materia de política social; destacamos el conflicto jurídico de la pensión de viudedad del cónyuge superviviente transexual resuelto en el asunto *K.B.*²⁴²⁸, el asunto *Richards*²⁴²⁹ y el asunto *Parris*²⁴³⁰, el conflicto jurídico respecto a la exclusión en el acceso laboral por motivos de orientación sexual, como en el asunto *Asociația Accept*²⁴³¹ o el conflicto jurídico en materia de ciudadanía respecto a la denegación del permiso de residencia del cónyuge homosexual, como en asunto *Coman y otros*²⁴³². No destacamos nada particular de estas pues, el análisis se centra exclusivamente en el trato desfavorable y el examen de proporcionalidad de las justificaciones del trato diferenciador, propio de las reglas anti-discriminatorias. Además, como ya hemos criticado en el capítulo anterior, la visión europea de la protección de la identidad de género hasta la fecha ha tendido a basarse en una interpretación “*restrictiva y excluyente*” de la identidad del género ligándola al cambio de sexo, protegiendo de manera efectiva únicamente a “*aquellas personas que han realizado, o están en fase de realizar, el tratamiento de reasignación de género*”²⁴³³. Como decíamos, hasta tiempos recientes la línea jurisprudencial del TJUE sobre estas cuestiones se ha ocupado exclusivamente de los efectos de la discriminación de un aspecto muy concreto del espectro trans, y, por ende, de una pequeña parte del colectivo.

No obstante ello, los desarrollos jurisprudenciales recientes han reconocido y han dejado la puerta abierta a considerar la identidad de género, así como la expresión de género como categorías autónomas a proteger por parte del Derecho Antidiscriminatorio y el Derecho europeo en materia de asilo. Con tales criterios, observamos la existencia de

²⁴²⁷ DÍAZ LAFUENTE, J.: “La protección de los derechos fundamentales...*op.cit.*, pp. 5-6

²⁴²⁸ Asunto C-117/01, *K.B. y National Health Service Pensions Agency*, STJUE 7 de enero de 2004.

²⁴²⁹ Asunto C-423/04, *Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions*, STJUE de 27 de abril de 2006.

²⁴³⁰ Asunto C-443/15, *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, STJUE de 24 de noviembre de 2016.

²⁴³¹ Asunto C-81/12, *Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, STJUE de 25 de abril del 2013.

²⁴³² Asunto C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept y Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, STJUE de 5 de junio de 2018.

²⁴³³ DÍAZ LAFUENTE, J.: “La protección de los derechos fundamentales...*op.cit.*, p. 5.

dos sentencias prejudiciales que sí resultan de especial interés. El asunto *F. y Bevándorlási*²⁴³⁴, que versaba sobre la denegación de una solicitud de asilo de una persona homosexual sobre la base de un examen psicológico pericial y la vulneración del derecho a la intimidad por el uso de tests de personalidad proyectivos²⁴³⁵, es buena muestra de ello. Si bien este caso versa sobre la orientación sexual como motivo de persecución, y por ende, como motivo de la solicitud de protección subsidiaria, preferimos enfocar la atención en las consideraciones que efectúa el TJUE sobre la identidad de género. En primer lugar, incluye la identidad de género (y por ende a las personas trans) como motivo de persecución basado en la pertenencia de un “determinado grupo social”. Aquí observamos la vulnerabilidad de las personas trans como característica inherente, pues alude a que este grupo comparte “una característica innata” que “no pueden cambiar” ni renunciar a ella, así como la vulnerabilidad de las personas trans a través de la perspectiva de grupos minoritarios, pues alude a que este grupo puede poseer “una identidad diferenciada” percibida como “diferente” por la sociedad que les rodea²⁴³⁶. En segundo lugar, ofrece una perspectiva interesante sobre la protección de estos grupos especialmente vulnerables a través de la inclusión de cuestiones como la orientación sexual y la identidad de género como elementos fundamentales de la vida privada e intimidad y concluyendo, en este caso concreto que las medidas nacionales que valoran la credibilidad de la pertenencia a este grupo no podrán implicar una injerencia tan grave a sus derechos personalísimos como la realización de determinados exámenes psicológicos²⁴³⁷. En otro orden de cosas, y en atención al objeto de estudio del presente trabajo, anunciamos, además, que la conexión entre la vida privada, la intimidad y la identidad de género abre la puerta a futuros pronunciamientos sobre la extensión digital de la intimidad, y por ende, de la protección de los datos personales de las personas trans y, por extensión, el control de su identidad mediante el derecho al olvido.

El asunto *NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*²⁴³⁸ resulta de especial interés por tres razones principales. Si bien, una vez más, versa sobre el colectivo

²⁴³⁴ Asunto C-473/16, *F y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, STJUE de 25 de enero de 2018.

²⁴³⁵ *Id.* apartado 71.

²⁴³⁶ *Id.* apartados 9 y 11

²⁴³⁷ *Id.* apartados 61 y 62: “someta a una serie de tests psicológicos que pretenden determinar un factor relevante de la identidad de esa persona que concierne a la esfera personal, dado que recae sobre aspectos íntimos de la vida de dicha persona [...] ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de examen psicológico por motivo de su orientación sexual o identidad de género”.

²⁴³⁸ Asunto C-507/18, *NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, STJUE de 23 de abril de 2020.

homosexual y no sobre las personas trans, extrapolamos dos de sus razonamientos hermenéuticos a la protección del colectivo trans; adelantándonos, nos referimos al principio *favor libertatis*²⁴³⁹ y a la primacía de la inclusión social de determinados colectivos vulnerables sobre las libertades informativas. Primero, el TJUE hace especial hincapié en la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y ejercicio de una profesión, constituido como elemento fundamental para la participación plena en la vida económica y cultural, para la inclusión social y para el desarrollo personal. Recalca que la discriminación por pertenecer a una minoría sexual puede poner en peligro el nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, amen de otros objetivos del Derecho Antidiscriminatorio y Social europeo²⁴⁴⁰. Todo ello, ateniendo a una interpretación sistemática del ordenamiento europeo y bajo el paraguas del principio *favor libertatis*, implica indudablemente incluir a las personas trans como colectivo de protección prioritaria frente a potenciales discriminaciones (basadas en el motivo amparado de la identidad de género).

Segundo, y volviendo a recurrir al principio *favor libertatis*, propio de la teoría del estándar más elevado de protección, interpreta las normas procesales en materia de legitimación activa²⁴⁴¹ aludiendo a la discrecionalidad nacional para “*adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la citada Directiva*”²⁴⁴². Por ende, el TJUE concluye que cabe legitimación activa de asociaciones con interés legítimo para entablar acciones, aun cuando no sea identificable ninguna persona perjudicada²⁴⁴³, y, además, que el Derecho

²⁴³⁹ Aunque no entraremos a valorar este aspecto, a pesar de ser una de las razones principales por las que el TJUE llegó a la conclusión de que “*las declaraciones homófobas son constitutivas de discriminación en el empleo y la ocupación cuando las hace una persona que tiene o puede percibirse que tiene una influencia determinante en la política de contratación de personal de un empleador*”, conviene al menos citar, por su relación a los principios en los que se basa el diálogo judicial europeo y por constituir la otra cara de la moneda del principio *favor libertatis*, la mención del TJUE a que los conceptos de “condiciones de acceso al empleo” y “ejercicio profesional” son conceptos autónomos e independientes del Derecho europeo y que, en aras a asegurar una interpretación uniforme “*no puede ser objeto de interpretación restrictiva*”. Vid. TJUE, *Comunicado de Prensa de la Sentencia en el asunto C-507/18 NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford*, núm. 48/20, de 23 de abril de 2020, p. 1; y apartados 31 y 39 de la STJUE 23 de abril de 2020.

²⁴⁴⁰ *Id.* apartado 37.

²⁴⁴¹ Recordemos que el art. 9.2 de la Directiva 2000/78/CE establece que los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otros entes jurídicos que tengan un interés legítimo en garantizar el principio de igualdad puedan iniciar (o apoyar), en el nombre del afectado, procedimientos judiciales tendientes a reivindicar su incumplimiento o vulneración de esta norma.

²⁴⁴² *Vid.* apartado 62 de la STJUE de 23 de abril de 2020.

²⁴⁴³ Conclusión en materia de legitimación activa que hemos visto tanto en la doctrina jurisprudencial europea como española con respecto a la titularidad de los derechos fundamentales, en especial el derecho al honor de determinados grupos o minorías étnicas. Recordemos el asunto Becker, STEDH 7011/1975, de 3 de octubre (en cuanto al reconocimiento de la ‘víctima indirecta’, conforme a la que se otorga protección y

europeo no rechaza (es más, apoya) que se les reconozca a determinadas asociaciones de abogados, a pesar de su eventual ánimo de lucro, por el mero hecho de que su objeto social principal se centre en defender ante los tribunales a las personas pertenecientes a colectivo minoritario y vulnerable así como en promover la cultura y el respeto de los derechos de esa categoría de personas, legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de Directiva controvertida²⁴⁴⁴.

Por último, el TJUE realiza, tras considerar evidente e indiscutible el carácter discriminatorio de las declaraciones efectuadas²⁴⁴⁵, en su conciliación entre el derecho a la igualdad (y subsiguiente principio de no discriminación) y la libertad de expresión, un examen de proporcionalidad en el que parece otorgarle una importancia significativa (e incluso cierta prevalencia) al primero (sobre el segundo). De hecho, utiliza el canon hermenéutico basado en la interpretación teleológica de la norma, aludiendo a que finalidad de la Directiva no es otra que ofrecer una protección eficaz contra discriminaciones basadas en la pertenencia a un grupo sexual minoritario²⁴⁴⁶. Así, concluye que la expresión de una opinión sobre la decisión personal de tratar desfavorablemente, aunque en un caso hipotético de contratación, sobre la base de la orientación sexual es constitutiva de discriminación en el empleo y la ocupación.

legitimación activa a personas que en principio no la tendrían por no ser la persona directamente afectada) y el caso español de Violeta Friedman en la STC 214/1991 de 11 de noviembre (FJ 6 in fine): **“no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”** (énfasis nuestro).

²⁴⁴⁴ *Id.* apartados 64 y 65.

²⁴⁴⁵ *Id.* apartado 28.

²⁴⁴⁶ Así, el TJUE recuerda que los objetivos que pretende alcanzar esa Directiva son **“adoptar las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación basada, en particular, en la orientación sexual [...] en aras de aplicar, en los Estados miembros, el principio de igualdad de trato, ofreciendo a toda persona una protección eficaz contra la discriminación basada, en particular, en este motivo”**. *Id.* apartado 35-38.

Cabe aquí recordar que el TJUE ya se ha pronunciado sobre cuestiones similares en el pasado: en el asunto *Feryn*²⁴⁴⁷ dejó muy claro que las meras insinuaciones públicas de un posible tratamiento diferencial injustificado y desproporcionado por motivo de una categoría protegida se consideran discriminación directa. En el presente caso, argumenta que será cuando las hace una persona que puede percibirse que tiene o puede tener una influencia determinante en la política de contratación de personal, con independencia de que haya un proceso de contratación o selección abierto y con independencia de que tenga autoridad o no para ello en la empresa. A este respecto, proporciona tres criterios para que el tribunal nacional decida sobre la cuestión en el caso concreto que esté conociendo, en especial, la naturaleza de iure o de facto de la capacidad de contratar, la naturaleza o contenido de las declaraciones y el contexto –público o privado- en el que se efectuaron²⁴⁴⁸. Precisamente sobre estos dos últimos criterios que el TJUE se centra, dada su innegable vinculación con la libertad de expresión y asegura que si bien la libertad de expresión constituye fundamento cardinal de cualquier sistema democrático y es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico europeo, no es absoluto y limitaciones al mismo pueden perfectamente imponerse siempre y cuando sean legalmente establecidas, respeten su contenido esencial y superen el examen de proporcionalidad. En esta línea, considera que la interpretación pro-colectivos vulnerables “*no queda desvirtuada por la eventual limitación al ejercicio de la libertad de expresión*”²⁴⁴⁹ y que la limitación que supone castigar declaraciones homófobas difundidas al público a través de cualquier medio de comunicación:

*“no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de la citada Directiva, al prohibir únicamente las declaraciones que constituyen una discriminación en el empleo o en la ocupación [...]son necesarias para garantizar los derechos en materia de empleo y de ocupación de que disponen quienes pertenecen a los grupos de personas caracterizados por alguno de los motivos enumerados”*²⁴⁵⁰.

De las apreciaciones anteriores observamos el mínimo denominador común es el nexo entre la vulnerabilidad y la discriminación, en concreto, las consecuencias de la misma en el bienestar personal y socio-económico de determinadas personas.

²⁴⁴⁷ Asunto C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV*, STJUE de 10 de julio de 2008.

²⁴⁴⁸ *Id.* apartados 40-46.

²⁴⁴⁹ *Id.* apartado 47.

²⁴⁵⁰ *Id.* apartados 52 y 53.

Por último, comentamos brevemente la jurisprudencia del TJUE vinculada al último colectivo vulnerable estudiado: las **víctimas de violencia**. Debido a la amplia amalgama de colectivos estudiados en el capítulo anterior pertenecientes a esta última categoría, hemos elegido los asuntos más relevantes para demostrar la postura del TJUE como garante jurisdiccional de la vulnerabilidad de este colectivo, si bien desde la normativa europea que ha preferido enfocar la protección bajo el paraguas de ‘víctimas de delitos’.

En el asunto *Dell’Orto*²⁴⁵¹, si bien versaba sobre la noción de “víctima”²⁴⁵², el TJUE recuerda el objetivo de la norma correspondiente en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal es proteger a la víctima y dotarle de un papel efectivo y adecuado durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal²⁴⁵³. Con respecto a su consideración de las víctimas de delitos como grupo especialmente vulnerable, también recuerda que esta se basa en “riesgo grave de represalias” o “claros indicios” de perturbación en la vida privada²⁴⁵⁴, y exige a los Estados miembros que confieran un trato específico que responda de la mejor manera posible a la situación particular de las mismas, en especial en lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad²⁴⁵⁵. Como observamos, el TJUE no entra en detalle de quién constituye una víctima especialmente vulnerable, pero sí que incluye a personas en “situación equivalente” de vulnerabilidad basándose en la perspectiva del riesgo a sufrir “perjuicios” tales como “lesiones físicas o mentales y los daños emocionales” así como un perjuicio económico²⁴⁵⁶.

En cuanto al asunto *Emil Eredics*²⁴⁵⁷ si bien trataba, de nuevo, sobre la exclusión de la persona jurídica como ‘víctima’, así como la figura de la mediación penal, vuelve a incidir en la doctrina que sienta en el asunto anterior sobre la vulnerabilidad de las víctimas de delitos y situaciones equivalentes de riesgo a un daño²⁴⁵⁸. Igualmente, nos interesa el análisis efectuado sobre la vulnerabilidad de la víctima como persona física en tanto en cuanto se encuentra en una situación objetivamente de mayor vulnerabilidad:

²⁴⁵¹ Asunto C-467/05, *Giovanni Dell’Orto*, STJUE de 28 de junio de 2007.

²⁴⁵² Que el TJUE interpretó que debía incluir únicamente a personas físicas (y no jurídicas) que hubieran sufrido cualquier perjuicio.

²⁴⁵³ *Id.* apartado 4.

²⁴⁵⁴ *Id.* apartado 5.

²⁴⁵⁵ *Id.* apartados 4 y 5.

²⁴⁵⁶ *Id.* apartados 52 y 56.

²⁴⁵⁷ Asunto C-205/09, *Emil Eredics y Mária Vassné Sápi*, STJUE de 21 de octubre de 2010.

²⁴⁵⁸ *Id.* apartado 27.

“el legislador de la Unión ha podido establecer de manera legítima un régimen protector en favor únicamente de las personas físicas porque estas últimas se hallan en una situación objetivamente diferente a la de las personas jurídicas debido a su mayor vulnerabilidad y a la naturaleza de los intereses que sólo pueden lesionarse en el caso de las personas físicas, como la vida y la integridad física de la víctima” (énfasis nuestro)²⁴⁵⁹.

Del asunto X²⁴⁶⁰ ya estudiado, recordamos la insistencia del TJUE en la obligación impuesta a los Estados miembros de “proteger a las víctimas, sobre todo las más vulnerables” de las consecuencias de exponerse, al prestar declaración o testificar, a revictimización y represalias²⁴⁶¹, y que esta protección se brinde en aras de asegurar el “debido respeto a su dignidad personal”, y que las medidas sean específicas²⁴⁶² y acondicionadas a su situación particular de vulnerabilidad: *“un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación y a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables”²⁴⁶³.*

El asunto *Gambino y Hyka*²⁴⁶⁴ resulta nuevamente de interés en tanto en cuanto desarrolla el artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE, relativo a la evaluación individual de la situación de especial vulnerabilidad, tan ampliamente estudiada en el capítulo precedente. En tal sentido, recalca que la consideración de víctimas vulnerables se dará en función de su riesgo a “la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias”²⁴⁶⁵ así como a sufrir daños emocionales y psicológicos²⁴⁶⁶ y confirma que medidas de especial protección incluyen reducir la prolongación de los tiempos procesales y, sobre todo, evitar la repetición de las declaraciones con el fin de salvarlas de un “sufrimiento psicológico añadido”²⁴⁶⁷.

²⁴⁵⁹ *Id.* apartado 30.

²⁴⁶⁰ Asunto C-507/10, X, STJUE de 21 de diciembre de 2011.

²⁴⁶¹ *Id.* apartado 6.

²⁴⁶² Esta protección especial incluye *“la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho italiano y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública” o cualquier otro medio que garantice su dignidad y seguridad cuando sea “adecuado” y “compatible con los principios fundamentales” del Derecho procesal nacional. Id.* apartados 30 y 35.

²⁴⁶³ *Id.* apartado 25.

²⁴⁶⁴ Asunto C-38/18, *Gambino y Hyka*, STJUE de 29 de julio de 2019.

²⁴⁶⁵ *Id.* apartados 3 y 9.

²⁴⁶⁶ *Id.* apartado 50.

²⁴⁶⁷ *Id.* apartado 26

El TJUE aborda la vulnerabilidad desde el punto de vista del riesgo a menoscabar el bienestar; el sufrimiento corporal o mental define la vulnerabilidad al daño y la doctrina jurisprudencial de este órgano jurisdiccional le ha añadido al bienestar (o falta del mismo), además, una perspectiva institucional, obligando a los Estados miembros, y a sus tribunales, a garantizarla. Ahora bien, pese a una afirmación con tanta proyección, comprobamos que el TJUE no es tan resuelto o contundente como el TEDH para utilizar e incidir en la importante noción de “obligación positiva” tendente a realzar el efecto útil de las disposiciones europeas, especialmente de los estándares en materia de derechos fundamentales. Además, vemos que gran parte de su análisis de la vulnerabilidad se centra en la discriminación, la exclusión y la marginación. Trasladando todo lo anterior a los colectivos que examinábamos en el capítulo anterior, nos resulta especialmente interesante el énfasis que pone el TJUE en minimizar daños psicológicos añadidos, pudiéndose ser perfectamente extrapolable al caso de las víctimas de terrorismo frente a la relevancia pública y social de su implicación en el evento traumático, a las víctimas de acoso cibernético y a las mujeres víctimas de ciberviolencia de género por las implicaciones concretas que tiene la hiperaccesibilidad y universalidad de la Red en su bienestar psicológico.

En materia de hermenéutica, cabe resaltar la importancia del principio *favor libertatis*, como esencial para la protección de aquellos que parten de una posición desventajosa, bien sea por la estigmatización y discriminación que sufren debido a características físicas, psicológicas o sociales, bien sea por pertenecer a un grupo minoritario fuera del *status quo* cultural o por estar expuestos a revictimización o riesgos a su integridad física o emocional, creando situaciones inherentes o devenidas de vulnerabilidad. Resulta esencial en tanto actúa como medida para evitar abusos en relaciones que por su propia naturaleza nacen desequilibradas y oscilar la balanza a favor de los más necesitados de amparo. Por todo lo expuesto hasta ahora, concluimos este apartado aludiendo a la necesidad de que el TJUE, en el caso de conocer asuntos relativos a los colectivos estudiados, efectúe una evaluación de la vulnerabilidad basándose principalmente en la interpretación teleológica de las normas europeas y en el principio *favor libertatis*.

B. Una propuesta de regulación hermenéutica: la “situación particular” como elemento clave en la teoría incipiente de la vulnerabilidad en el caso del derecho al olvido.

Si bien la jurisprudencia del TJUE en el contexto de la protección de los datos de carácter personal se centra en la injerencia desproporcionada en los derechos fundamentales, el examen de conciliación entre el derecho al olvido y otros derechos, libertades fundamentales e intereses generales se fundamenta, como observamos en los asuntos *Google Spain*, *Manni y GC y Otros*, estudiados en el *Capítulo II*, sobre la base de las “circunstancias que rodean la situación concreta del interesado”²⁴⁶⁸ y prevalecerá el derecho al olvido (sea en su faceta de supresión o en su faceta de limitación en el acceso o la divulgación -como generalmente ha aceptado-) cuando existan razones “preponderantes” o “legítimas” propias de su situación particular²⁴⁶⁹. Como veremos, de un análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre la protección de datos y el derecho al olvido, podemos equiparar la referencia a los “motivos” o “razones legítimas propias” relacionadas con la situación particular del interesado con los “factores” o “elementos” de vulnerabilidad.

Concretamente, con las conclusiones del asunto *Google Spain* confirmamos tanto la perspectiva, si bien difusa, de la vulnerabilidad entendida como la exposición desproporcionada a un daño e incapacidad de revertirlo, como la teoría de los derechos fundamentales como límites a las libertades económicas que anunciaba Burgorgue. La primera se sostiene, no tanto en los perjuicios genéricos y potenciales del interesado²⁴⁷⁰ sino más bien en la gravedad de determinadas injerencias en determinados derechos personalísimos fundamentales. Recordemos que este caso versaba sobre el acceso a enlaces de un anuncio en el periódico con datos de carácter personal sensibles, mediante una simple búsqueda nominativa en *Google Search*, que se remontaban a décadas antes, irrelevantes y obsoletas por el paso del tiempo pero que tenían efectos perjudiciales para los derechos reconocidos en los arts. 7 (respeto a la vida privada) y 8 (derecho a la autodeterminación informativa) de la CDFUE. El ejemplo por antonomasia de la

²⁴⁶⁸ Vid. Apartado 76 de la STJUE de 13 de mayo de 2014; apartado 47 de la STJUE de 9 de marzo de 2017; y apartados 51, 65, y 69 de la STJUE de 24 de septiembre de 2019.

²⁴⁶⁹ Vid. Apartado 90 de la STJUE de 13 de mayo de 2014; apartado 64 de la STJUE de 9 de marzo de 2017; y apartados 25 y 47 de la STJUE de 29 de junio de 2010.

²⁴⁷⁰ Vid. Apartado 96 de la STJUE de 13 de mayo de 2014: “A este respecto, cabe señalar que la apreciación de la existencia de tal derecho [al olvido] no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado”.

injerencia en este último es precisamente la pérdida de control sobre los datos personales en un espacio atemporal y descontextualizado como es la Red, en la que todo está universal e instantáneamente accesible gracias al perfeccionamiento de los motores de búsqueda.

Recordemos además que el asunto *Google Spain* reconoció expresamente lo que hemos llamado en este trabajo un derecho a la re-contextualización digital (comúnmente conocido como derecho al olvido digital) y no un derecho genérico de supresión, ni del enlace ni de la fuente original. Es decir sólo reconoció, de manera explícita, una faceta del derecho al olvido reduciéndolo al derecho de desindexación de enlaces vinculados a datos de carácter personal mediante el uso del nombre, quedando así protegida la fuente original que quedaba amparada por dos fines legítimos (en el caso de la fuente original, el cumplimiento de una obligación legal aplicable como era darle publicidad a determinados procedimientos de embargo además de que la digitalización del contenido de un periódico para su mayor difusión se incluiría como fin periodístico).

En esta sentencia, por tanto, el TJUE se centró en intentar proteger a aquellos interesados que por razón del “carácter sensible de la información [personal] contenida”²⁴⁷¹ y por razón de la irrelevancia devenida por el transcurso del tiempo, podían ver sus derechos gravemente afectados por la descontextualización temporal, la hiperaccesibilidad e hiperdivulgación de la información indexada en los motores de búsqueda. A pesar de no proporcionar directrices sobre qué tipo de datos personales se consideran especialmente sensibles en esta sentencia inaugural del derecho al olvido, de una interpretación sistemática del ordenamiento europeo, y concretamente, del actual marco europeo de protección de datos (remitimos a nuestro análisis de la prohibición genérica del tratamiento de categorías especiales de datos del art. 9 RGPD y del art. 10 de la Directiva Policial en el capítulo precedente), así como de las consideraciones que efectuó en el asunto *GC y Otros*, sacamos las siguientes conclusiones. Primeramente, el “interesado puede tener derecho a que se retire el enlace controvertido por razones propias de su situación particular”²⁴⁷². Seguidamente, los datos especialmente sensibles se refieren por un lado, a los datos personales que identifican de manera inequívoca y absoluta a una persona (los llamados datos biométricos y genéticos) y, por otro, a aquellos datos que requieren de especial protección debido a que su tratamiento afecta más

²⁴⁷¹ Vid. apartado 98 de la STJUE de 13 de mayo.

²⁴⁷² Vid. apartados 53 y 65 de la STJUE de 24 de septiembre de 2019.

intensamente a los derechos y libertades por sus potenciales usos con fines o consecuencias discriminatorias (información relacionada con el origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, datos relativos a la salud o a la orientación sexual, entre otros).

De las conclusiones del asunto *Manni* también se confirma la situación de particular vulnerabilidad como limitación (o excepción) a las limitaciones (o si se prefiere excepciones) del derecho al olvido. Recordemos que, si bien el TJUE concluyó que el derecho al olvido no podía ejercitarse en el caso concreto del tráfico y registro de actividades mercantiles, prevaleciendo el principio de publicidad registral, apoyándose por el principio de seguridad jurídica y buena fe de terceros, dejó la puerta abierta para casos de especial vulnerabilidad:

“no es posible excluir que puedan existir situaciones particulares en las que razones preponderantes y legítimas propias de la situación concreta del interesado justifiquen excepcionalmente que el acceso a los datos personales que les conciernen, inscritos en el registro, se limite, al expirar un plazo suficientemente largo tras la liquidación de la sociedad de que se trate, a los terceros que justifiquen un interés específico en su consulta”²⁴⁷³.

Lo anterior nos devuelve a la intersección entre la discriminación, estigmatización y la vulnerabilidad, fundamento en el que se ha basado, hasta la fecha, el sistema europeo de protección de los derechos y de determinados colectivos de personas que se ven arrastradas a situaciones de especial vulnerabilidad y, por ende, requieren medidas especiales de protección y al entendimiento del derecho al olvido como derecho a la descontextualización y/o rehabilitación informativa. Por ello, en el contexto del ejercicio del derecho al olvido, y con respecto a la segunda categoría de datos especialmente sensibles, la naturaleza ‘sensible’ de la información accesible, en primera instancia, se considerará aquella que afecta a los colectivos especialmente vulnerables que la UE histórica y paulatinamente ha venido otorgando especial protección en base a un modelo anti-discriminatorio: esto es particularmente ostensible en el caso de las personas con discapacidad, al quedar recogida esta como parte de los datos relativos a la salud, en el caso de las minorías raciales, religiosas, étnicos o ideológicas por motivos autoexplicativos basados en el principio de no discriminación, en el caso de las personas

²⁴⁷³ *Id.* apartados 60 y 64 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

trans al reconocerse la identidad de género como parte autónoma pero vinculada al análisis de la orientación sexual, y en el caso de las víctimas de violencia aludiendo a una “situación particular” de especial vulnerabilidad desencadenada por acción u omisión humana o institucional.

La segunda idea que veníamos a destacar, inspirada por las reflexiones de Burgorgue, con respeto a derechos fundamentales como límites a las libertades económicas queda especialmente evidenciada tanto en el asunto *Google Spain* como en el asunto *GC y Otros y Google CNIL*, en tanto en cuanto el TJUE destaca que la ponderación de los derechos e intereses en conflicto se regirá, de nuevo, por las circunstancias particulares que rodean la situación concreta del interesado, y los intereses económicos de los responsables del tratamiento (en el caso concreto, los motores de búsqueda) quedarán supeditados al derecho al olvido, en caso de graves injerencias en la vida privada, la intimidad y la protección de datos²⁴⁷⁴. Ello también se ve, aunque de manera menos contundente, en el asunto *Manni*. En este, recordemos que el TJUE se centró en la conciliación de dos intereses en conflicto, por un lado, el ejercicio del derecho al olvido, y por otro, un aspecto básico de la libertad económica en el mercado interior europeo. La solución del TJUE se decanta, en el caso concreto, por el segundo, perfilando este como nuevo límite al derecho al olvido, que sin duda no es un derecho omnicompreensivo ni absoluto, posicionándose en el lado de los “mandatos del tráfico económico y la seguridad jurídica para favorecer las clásicas libertades económicas, como límite a derechos fundamentales” pues otorga prevalencia a los aspectos económicos relevantes y prioriza el “buen funcionamiento del mercado interior a través de la garantía de la publicidad registral de datos personales relevantes sin límite de tiempo ni de acceso”.

No obstante lo anterior, recordemos que el TJUE deja la puerta abierta a desvirtuar tal prevalencia en el caso de situaciones de especial vulnerabilidad personal o socio-económica al añadir que puede excepcionarse la prevalencia informativo-económica por

²⁴⁷⁴ Vid. apartados 81, 97-99 de la STJUE de 13 de mayo de 2014: “**Vista la gravedad potencial de esta injerencia, es obligado declarar que el mero interés económico del gestor de tal motor en este tratamiento no la justifica[...]** **Derecho a solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados prevalece no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona [...]** los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta [...] prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona (énfasis nuestro). Esto se repite en los apartados 53 y 45 de los respectivos asuntos, ambas STJUE de 24 de septiembre de 2019.

razones preponderantes, legítimas y particulares de la persona que justifiquen la necesidad de habilitar un derecho al olvido, en su faceta de supresión (y, por analogía, también en su faceta de desconexión). Como hemos sostenido en otro lugar, el propio intérprete supremo europeo pone en duda las libertades económicas e informativas como prioridades axiomáticas y justificativas de la devaluación, como regla general, de los derechos fundamentales²⁴⁷⁵ personalísimos, sobre todo los que se ven más afectados por las NTIC. Así, el hecho de que el TJUE no cerrara la posibilidad de inaplicar este nuevo límite al derecho al olvido digital pone sobre la mesa la importancia que le otorga al libre desarrollo de la persona, reconociendo, de manera explícita la prevalencia del derecho al olvido sobre la publicidad y accesibilidad de determinada información personal en el contexto mercantil:

“cuando la información o las situaciones jurídicas divulgadas o hechas accesibles puedan menoscabar la dignidad de la persona [...] [pues en determinados casos la negativa en limitar el acceso] no sólo supondría un menoscabo a la reputación, sino en directa consecuencia, la imposibilidad de mantener a flote una empresa sin ingresos, impidiendo el desarrollo profesional, y, en última instancia, el [sustento] personal”²⁴⁷⁶.

En otras palabras, las limitaciones o excepciones al ejercicio del derecho al olvido no se activarán cuando existan situaciones de especial vulnerabilidad. De tal manera, el derecho al olvido vendría a utilizarse, por parte del TJUE, como garantía genérica del derecho a la protección de datos y como medida especial de protección de los derechos personalísimos para colectivos prioritarios en la era digital, mediante la prevalencia de un derecho al olvido sobre otras libertades e intereses. Basándonos en el principio *favor libertatis* y extrapolando los criterios utilizados en la jurisprudencia europea específica del derecho al olvido, la noción de vulnerabilidad quedaría ampliada, en el contexto de la protección de datos, no sólo a las personas tradicionalmente protegidas en la UE (menores y víctimas de violencia), sino también a los colectivos identificados mediante los datos personales especialmente sensibles reconocidos en el art. 9 RGPD (personas trans), así como a aquellas personas en situación de vulnerabilidad circunstancial (especialmente

²⁴⁷⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Los nuevos límites al derecho al olvido...*op.cit.*, p. 159.

²⁴⁷⁶ *Id.* p. 174.

visible en el caso de perjuicios serios socio-económicos). Finalizamos este apartado reiterando esta última idea en palabras de Huerta Anguiano:

“si bien el sistema jurídico no podría operar en el ámbito de la subjetividad —o bien, definiendo de manera interminable categorías de datos personales sensibles—, sí es posible extender la interpretación del concepto, favoreciendo una interpretación más garantista del derecho fundamental a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales. La labor pendiente es justamente desarrollar una metodología que permita expandir el concepto para cubrir nuevas categorías de datos personales”²⁴⁷⁷.

2. Garantías no jurisdiccionales en el seno de la UE: los órganos de protección independientes más relevantes en materia de derecho al olvido

Al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, en la UE existen órganos directos e indirectos de protección del derecho al olvido. Entendemos por los primeros aquellos órganos que figuran o se consagran en el texto constitucional, es decir que son creados y desarrollados por ley en virtud de un mandato constitucional. Entendemos por los segundos aquellos órganos que, si bien no están constitucionalmente previstos, han sido creados democráticamente para el servicio de un fin constitucionalmente legítimo. Extrapolando todo ello al ordenamiento europeo, vemos cómo el TJUE, el Defensor del Pueblo europeo y el SEPD están previstos en el Derecho constitutivo (el TUE, TFUE y la CDFUE), que nosotros hemos defendido ha sido elevado a carta de naturaleza constitucional. Ahora bien, el carácter transversal de la protección de datos implica no sólo considerarlo como un derecho fundamental de la persona, sino también como una obligación básica del Derecho Público y Privado, y por ende, de los entes y órganos que los componen. A ello se le añaden las implicaciones prácticas de esa transversalidad, a saber, la competencia legislativa genérica, analizada en el *Capítulo I*, conferida a la UE, en la última reforma de los Tratados, para regular y armonizar la protección de datos.

A tal efecto, el aparato institucional de la UE, y de manera destacada el Parlamento y el Consejo, como co-legisladores, así como la Comisión Europea, como guardiana de los Tratados y responsable de ejecución de las políticas y normas europeas, e impulsora de

²⁴⁷⁷ HUERTA ANGUIANO, J.A.: “Naturaleza intrínseca, contexto o finalidad en la determinación del carácter sensible de los datos personales”, *Estudios en derecho a la información*, núm. 10, 2020, p. 27.

estas últimas (al ostentar el monopolio formal de la iniciativa legislativa), han jugado un papel importante en el reconocimiento, desarrollo y efectividad del derecho al olvido. Lo han tenido que hacer no sólo desde la perspectiva institucional, sino, al igual que el resto de organismos y agencias europeas desde la perspectiva de responsables del tratamiento de los datos personales de los ciudadanos europeos, que interactúan de manera directa o indirecta con el sistema europeo, así como con el de su propio personal. No obstante, en este apartado nos centraremos en aquellos órganos que el Derecho europeo ha creado y desarrollado, como órganos independientes para la protección de los derechos fundamentales, en general, y los derechos digitales (incluido el derecho al olvido), en particular, así como agencias que velan por los derechos fundamentales reconocidos en el seno de la UE. Una vez estudiada la función del TJUE como garante jurisdiccional de primer orden del derecho al olvido, procedemos ahora a examinar otros garantes no jurisdiccionales, como mecanismos institucionales básicos, alternativos y/o especializados de protección del derecho fundamental a la protección de datos, y, por extensión, del derecho al olvido, así como provisos de garantías en la protección de los colectivos vulnerables analizados en este trabajo.

2.1. El Supervisor Europeo de Protección de Datos

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) es la autoridad de control independiente, en el seno de la UE, encargada de garantizar que las instituciones, los organismos, órganos y agencias de la UE respetan el derecho fundamental a la protección de datos y cumplen con sus obligaciones en esta materia. Esta figura e institución se creó en el 2001²⁴⁷⁸ y, en el marco jurídico actual, a saber, el art. 52 RIPD, dentro de sus funciones se incluye la supervisión el tratamiento de los datos personales por parte de la administración de la UE, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas de protección de la intimidad; el asesoramiento a las instituciones y a los organismos de la UE en lo que al tratamiento de los datos personales en su labor política y legislativa respecta; la resolución de reclamaciones y realización de investigaciones; la colaboración con las autoridades nacionales de la UE para garantizar la coherencia en la protección de datos;

²⁴⁷⁸ Con arreglo al entonces artículo 286 del Tratado de la Comunidad Europea y de conformidad con el artículo 1.2 del Reglamento (CE) núm. 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

y la supervisión de las nuevas tecnologías en el contexto del mercado interior que puedan tener una incidencia en la protección de datos.

La diferencia entre el SEPD y las autoridades nacionales de protección de datos radica en que el primero es competente para controlar las actividades y asesorar a las instituciones y organismos de la UE, mientras que esta función, en el seno de los Estados Miembros, se lleva a cabo por las autoridades independientes nacionales de protección de datos; como hemos visto ya, en el caso español se encarga la AEPD. Además, el SEPD coopera con las autoridades nacionales, no siendo jerárquicamente superior a estas. Como un garante más, en el seno de la UE, del derecho fundamental a la protección de datos, el SEPD asimismo emite opiniones y dictámenes consultivos.

En su Dictamen de 27 de julio de 2015²⁴⁷⁹ y en las numerosas recomendaciones a las instituciones europeas, el SEPD ha subrayado la importancia de establecer e implementar normas efectivas y conciliadoras que garanticen en la práctica, los derechos fundamentales e intereses en juego²⁴⁸⁰. Las primeras semillas de la acogida del derecho al olvido por parte del SEPD se dieron en su Dictamen de 14 de enero de 2011²⁴⁸¹ relativo a la Comunicación de la Comisión Europea de 4 de noviembre de 2010, sobre un enfoque global de la protección de los datos personales en la UE; el SEPD felicitaba a la Comisión por la iniciativa de reformar el marco jurídico de protección de datos y acordaba que era necesario reforzar los principios y derechos digitales de los interesados, incluido el derecho de supresión (a lo que años más tarde se le añadiría la otra faceta del derecho al

²⁴⁷⁹ Vid. Dictamen de 27 de julio de 2015 titulado *Europe's big opportunity EDPS recommendations on the EU's options for data protection reform* de 27 de julio de 2015. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-10-09_gdpr_with_addendum_en.pdf

²⁴⁸⁰ Vid. Dictamen de 27 de julio de 2015 (p. 9): “*For the first time in a generation the EU has an opportunity to modernise and to harmonise the rules on how personal information is handled. Privacy and data protection are not in competition with economic growth and international trade, nor with great services and products- they are part of the quality and value proposition. As the European Council recognises, trust is a necessary precondition for innovative products and services that rely on the processing of personal data. The EU in 1995 was a trailblazer for data protection [...] the EU nevertheless continues to command the close attention [...] In the view of the EDPS, the GDPR texts are on the right track, but concerns remain, some very serious. There is always a risk with the co-decision process that certain provisions are weakened by well-intentioned negotiators in the search for political compromise. With data protection reform, however, it is different, because we are dealing with fundamental rights and the way they will be safeguarded for a generation. On that basis, this Opinion seeks to assist the main institutions in solving problems [...]*”.

²⁴⁸¹ Vid. Dictamen de 14 de enero de 2011 titulado *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union”*. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/11-01-14_personal_data_protection_en.pdf

olvido -el derecho a la re-contextualización digital-). Como hemos sostenido en otro lugar, el SEPD hace especial hincapié en que:

“las principales fuerzas motrices del examen del nuevo marco legal deberían ser el refuerzo de los derechos de los individuos y de las responsabilidades de las organizaciones involucradas, incentivar a los responsables del tratamiento en el sector público y privado para que incluyan de forma proactiva nuevas herramientas para asegurar el cumplimiento de la protección de datos, incluir la cooperación policial y judicial, asegurar una mayor armonización, cerciorarse de que el marco legal se formula de una manera “tecnológicamente neutra” para asegurar su efectividad a largo plazo y fortalecer las facultades de ejecución de las autoridades de protección de datos”²⁴⁸².

De similar manera, ha enfatizado en sus directrices relativas a los derechos de los interesados con respecto al tratamiento de sus datos personales²⁴⁸³, incluso antes de la adopción del RGPD que explícitamente lo reconocía, que el derecho de supresión y el derecho al olvido digital son “particularmente útiles en el entorno en línea”²⁴⁸⁴, que deberá efectuarse la supresión cuando su tratamiento haya sido ilícito y, en especial, cuando recaiga sobre datos especialmente sensibles²⁴⁸⁵, y que, en el contexto de la retención de datos, si la conservación era necesaria en un momento determinado “es posible borrarlos antes de que finalice el período de retención establecido en caso de que hayan sido tratados ilegalmente”, representando la supresión “una medida adoptada para garantizar el cumplimiento del Reglamento”²⁴⁸⁶. Con posterioridad a la entrada en vigor del RGPD, y con respecto al derecho al olvido, el SEPD no sólo ha jugado un papel programático en el reconocimiento y ejercicio del mismo, sino que, conviene recordar como parte de sus potestades correctivas, tiene la de “ordenar la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de datos personales cuando se hayan tratado contraviniendo lo dispuesto en la normativa europea de protección de datos”²⁴⁸⁷.

²⁴⁸² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, pp. 131-132.

²⁴⁸³ SEPD: *Guidelines on the Rights of Individuals with regard to the Processing of Personal Data*. Disponible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-02-25_gl_ds_rights_en.pdf

²⁴⁸⁴ *Id.* p. 5.

²⁴⁸⁵ *Id.* p. 7.

²⁴⁸⁶ *Id.* p. 22.

²⁴⁸⁷ *Vid.* Art. 58(2)(h) RIPD.

Además, en lo que a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad se refiere, conviene traer a colación la perspectiva del SEPD. Con respecto a los menores, ha dejado claro que las disposiciones del nuevo marco paneuropeo de protección de datos “*sobre la elaboración de perfiles, el consentimiento y el derecho al olvido, por ejemplo, son un intento de transponer el control individual a la gran era de los datos*”²⁴⁸⁸. Con respecto a las víctimas de sucesos traumáticos, ha insistido en la confidencialidad absoluta de las víctimas de determinados accidentes (con restricciones estrictas en la puesta a disposición, accesibilidad, retención de datos personales y procedimientos rápidos de eliminación si así lo solicitan)²⁴⁸⁹; ha puesto el punto de mira en erradicar el ciberacoso y en restaurar a las víctimas a una situación de normalidad tras sufrir una experiencia de acoso (sea o no virtual) y en ser parte de la tramitación de su correspondiente denuncia, mediante el fortalecimiento del derecho de rectificación y supresión, la reducción de los periodos de retención, o en caso de servir un fin legítimo, la anonimización de los datos personales pertinentes, así como los límites en el derecho de acceso de terceros a cierta información (sobre todo, el caso del presunto acosador)²⁴⁹⁰. En análoga línea, con respecto a las **víctimas de delitos**, en su Dictamen de 9 de febrero de 2012²⁴⁹¹ sobre el paquete legislativo relativo a las víctimas de la delincuencia, incluida la propuesta de Directiva ya estudiada de apoyo y protección de este colectivo, reconoce que el respeto de la intimidad y los datos personales constituye un elemento fundamental de la protección a la víctima²⁴⁹², reconoce la especial vulnerabilidad de “determinadas categorías de víctimas”, incluidas las víctimas de **violencia por razón de sexo, género o cualquier otra razón motivada por prejuicios**²⁴⁹³, especifica la necesidad de establecer salvaguardias especiales para la confidencialidad de su datos²⁴⁹⁴ y recomienda, como

²⁴⁸⁸ BUTTARELLI, G.: “Teenagers on privacy”, *SEPD Blog*, de 14-07-2017. Disponible en: https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/blog/teenagers-privacy_en

²⁴⁸⁹ Vid. SEPD: Nota de Prensa *Accident investigation in civil aviation: EDPS insists on ensuring confidentiality of data from persons involved in accidents* de 4 de febrero de 2010. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2010-02_civil_aviation_en.pdf

²⁴⁹⁰ Vid. SEPD: *Guidelines concerning the processing of personal data during the selection of confidential counsellors and the informal procedures for cases of harassment in European institutions and bodies*, de febrero de 2011. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/11-02-18_harassment_guidelines_en.pdf

²⁴⁹¹ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el paquete legislativo relativo a las víctimas de la delincuencia, incluida la propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y la propuesta de 9 de febrero de 2012. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/11-10-17_victims_of_crime_es.pdf

²⁴⁹² *Id.* Punto 1, apartado 7.

²⁴⁹³ *Id.* Punto 2, apartado 21.

²⁴⁹⁴ *Id.* Punto 2, apartado 13, 15 y 21.

medidas garantistas, sin llamarlas por lo que son (facetas del derecho al olvido) para su intimidad, integridad y dignidad:

*“prohibir o limitar la difusión de información relativa a la identidad y el paradero de la víctima o de los familiares, en los casos adecuados y en condiciones particulares [...] ordenar la eliminación de determinados datos confidenciales del expediente o prohibir la difusión de información específica [...] limitar la publicación de información especialmente protegida en las sentencias y otras resoluciones que normalmente se hacen públicas”*²⁴⁹⁵.

2.2. El Comité Europeo de Protección de Datos

El Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”, en adelante) no solo se considera una de las “novedades de mayor trascendencia”²⁴⁹⁶ (junto, por supuesto, con la positivización del derecho al olvido) de la reforma del marco europeo de protección de datos, sino también “uno de los cimientos sobre los que se asienta el nuevo marco legal de la protección de datos” europeo y “hereda” muchas de las funciones previamente atribuidas al Grupo de Trabajo del artículo 29 (“GT29”, en adelante)²⁴⁹⁷. Si bien se podría establecer, de manera genérica, una equiparación entre ambos (el segundo como órgano pre-RGPD y el primero como órgano post-RGPD), el CEPD, no obstante, tiene una naturaleza especial dentro del aparato institucional europeo, elevándose como organismo de la Unión con personalidad jurídica²⁴⁹⁸ y viendo reforzadas sus funciones y potestades. El Comité está compuesto por representantes de las autoridades nacionales de protección de datos de la Unión, el SEPD y la Comisión, y dispone de amplios poderes. Cuenta con su propio reglamento de funcionamiento interno²⁴⁹⁹, del que queremos destacar el

²⁴⁹⁵ *Id.* Punto 2, apartado 14.

²⁴⁹⁶ GONZÁLEZ FUSTER, G.: “El Comité Europeo de Protección de Datos (CEDP): Territorio desconocido”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 161.

²⁴⁹⁷ CERVERA NAVAS, L.: “El Comité Europeo de Protección de Datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Barcelona, 2016, pp. 527-528. Para más detalle sobre la aportación del antiguo Grupo de Trabajo del artículo 29 al desarrollo del derecho al olvido, *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles...*op.cit.*”, pp. 243-244.

²⁴⁹⁸ *Vid.* art. 68 del RGPD.

²⁴⁹⁹ CEPD: *European Data Protection Board Rules of Procedure*, reglamento adoptado el 25 de mayo de 2018 y cuya última modificación se ha realizado el pasado 29 de enero de 2020. Disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_rop_version_6_adopted_20200129_en.pdf

“principio de proactividad”²⁵⁰⁰ por el que guía toda su actuación y, de una lectura conjunta del mismo, el especial hincapié que hace en garantizar el ejercicio de los derechos de los interesados, buscando soluciones armonizadas y promoviendo el conocimiento de los derechos de protección de datos.

El CEPD no sólo constituye el mecanismo europeo por excelencia para la resolución de conflictos entre autoridades nacionales de supervisión de datos a través de decisiones vinculantes, sino que también asesora, orienta sobre los conceptos clave del marco paneuropeo de protección de datos (de manera especial el RGPD y la Directiva Policial) y difunde buenas prácticas nacionales al respecto²⁵⁰¹. Por ello, sin entrar a examinar con más profundidad este órgano²⁵⁰², nos atrevemos a decir que constituye el mecanismo especializado²⁵⁰³ más importante para la aplicación homogénea, uniforme y coherente del marco europeo de protección de datos, y, por extensión, del derecho al olvido. Adentrándonos, pues, en el objeto de estudio de este trabajo, conviene destacar, por ser uno de los documentos estrella sobre el derecho al olvido, sus recientes Directrices sobre los criterios de aplicación del mismo por parte de los motores de búsqueda en el marco del RGPD²⁵⁰⁴. En este documento, recuerda y confirma muchas de las consideraciones que ya efectuó el GT29, como por ejemplo, que el derecho al olvido se puede ejercitar ante cualquier responsable del tratamiento y que su aceptación, en el caso de los motores

²⁵⁰⁰ *Id.* art. 3: “In accordance with the principle of proactivity, the Board shall, acting on its own initiative, anticipate and support innovative solutions to help overcome digital challenges to data protection. Thus ensuring by means of the effective participation of stakeholders (members, observers, staff and invited experts), that real-life needs and aspirations are fully taken into account”.

²⁵⁰¹ Precisamente sobre el derecho al olvido, en su faceta de derecho de supresión, y sobre el incumplimiento de la limitación de la conservación, ha destacado en sus noticias las sanciones impuestas por la agencia de protección de datos danesa, letona y polaca. *Vid.* CEPD: “Danish DPA set to fine furniture company”, *CEPD: Noticias Nacionales*, 11-06-2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/danish-dpa-set-fine-furniture-company_en; CEPD: “Data State Inspectorate of Latvia imposes a financial penalty of 7000 euros against online retailer”, *CEPD: Noticias Nacionales*, 03-09-2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/data-state-inspectorate-latvia-imposes-financial-penalty-7000-euros-against_en; CEPD: “Polish DPA: Withdrawal of consent shall not be impeded”, *CEPD: Noticias Nacionales*, 06-11-2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/polish-dpa-withdrawal-consent-shall-not-be-impeded_en

²⁵⁰² González Fuster se adentra en la relación entre el CEPD y las autoridades de control nacionales así como los retos pendientes y a los que se enfrentará en relación a su toma de decisiones y criterio de territorialidad. *Vid.* GONZÁLEZ FUSTER, G.: “El Comité Europeo de Protección de Datos...*op.cit.*”, pp.163-180.

²⁵⁰³ Hacemos esta distinción adrede pues Cervera Navas incluso lo coloca a la altura de la propia Comisión Europea “en su calidad de guardiana de los tratados y de la legislación europea, en lo que a la legislación de protección de datos se refiere”. *Vid.* CERVERA NAVAS, L.: “El Comité Europeo de Protección de Datos...*op.cit.*”, p. 538.

²⁵⁰⁴ CEPD: *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1)*, de 2 de diciembre de 2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201905_rtbsearchengines_forpublic_consultation.pdf

de búsqueda implica la supresión del contenido de la lista de resultados de la búsqueda nominativa; es decir, implica un derecho a la desindexación del enlace con el nombre del interesado, pero la fuente original seguirá accesible y su contenido seguirá estando disponible utilizando otros criterios de búsqueda. Además, hace un examen caso por caso de los seis motivos que amparan el ejercicio del derecho al olvido (regulados en el art. 17.1 RGPD) y las limitaciones (o excepciones al mismo) así como sus particularidades con respecto al caso de los motores de búsqueda²⁵⁰⁵, hablando tanto de ‘supresión’ como de ‘desindexación’ como acciones ligeramente distintas, confirmando la tipología que proponíamos en el *Capítulo III*.

Nos parecen particularmente destacables las consideraciones que plantea con respecto a la “situación particular del interesado”. Según el CEPD, esta “será la base de la solicitud de exclusión de la lista de resultados”²⁵⁰⁶, poniendo, como ejemplo, perjuicios a la hora de solicitar un empleo, injerencias en la reputación, la intimidad o la vida privada como cuestiones a tomar en consideración en el examen de conciliación entre los derechos personalísimos y el derecho a la información, además de expandir los criterios clásicos como la naturaleza de los datos, el trascurso del tiempo, el papel (o ausencia del mismo) que juega en la vida pública, si la información que se solicita hacer menos accesible es constitutiva de discurso de odio, calumnias, difamación o delitos similares en el contexto del abuso de la libertad de expresión o si se refieren a conductas o delitos menores pero que causan un serio perjuicio al libre desarrollo del interesado²⁵⁰⁷.

2.3. La Agencia Europea de Derechos Fundamentales

El 1 de marzo de 2007, la Unión Europea reconoció oficialmente su primera agencia de derechos humanos: la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“FRA”, en adelante, por sus siglas en inglés). El objetivo primordial de la FRA según su Reglamento constitutivo²⁵⁰⁸, es proporcionar asistencia y experiencia a las instituciones pertinentes de la UE y los Estados Miembros en la aplicación del Derecho de la UE. Por consiguiente, se ha venido considerando que la FRA tiene una misión de asesoramiento,

²⁵⁰⁵ *Id.* p. 6-16.

²⁵⁰⁶ *Id.* p. 9.

²⁵⁰⁷ *Id.*

²⁵⁰⁸ Reglamento del Consejo núm. 168/2007 de 15 de febrero de 2007, por el que se establece la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Reglamento de la FRA”, en adelante).

una nueva suerte de herramienta de gestión pública²⁵⁰⁹, aunque cabe decir que la función original de dicha agencia era más bien de supervisión. Tal y como han establecido, en numerosas ocasiones, su jurisprudencia y legislación, la UE es una unión basada en los derechos. Existe un amplio (cuando no universal) consenso sobre la calificación de la FRA como promotora y protectora de los derechos humanos dentro de la Unión, con la tarea asignada de recolección y análisis de datos sobre los derechos fundamentales, centrándose en las áreas temáticas y competenciales del Derecho de la UE. Así, coincidimos con la reflexión de Cartabia cuando relaciona la creación de dicha agencia independiente especializada con la adopción de la CDFUE (aunque nosotros más bien lo atrasaríamos, vista la fecha de creación de la FRA, con la ascensión de la CDFUE al nivel de los Tratados y su transformación hacia lo vinculante tras el Tratado de Lisboa):

“Desde la adopción de la Carta, los derechos fundamentales han sido los invitados de honor de la agenda europea –como demuestra la creación de la agencia europea para la protección de los derechos fundamentales con sede en Viena” (traducción propia)²⁵¹⁰.

La FRA ha operado de manera proactiva dando pasos de gigante a través de códigos de buenas prácticas y dotándose de legitimación activa ante los tribunales, entre otras actuaciones. Comenzó a funcionar y funciona principalmente de la mano de la CDFUE, ya que ésta constituye una expresión auténtica de los derechos fundamentales protegidos por el Derecho de la Unión Europea. Como tal, la CDFUE constituye un documento de referencia esencial en el debate sobre la definición de las áreas de intervención de la FRA²⁵¹¹. Sin embargo, la FRA no sólo funciona sobre esta base jurídica, sino también sobre la base jurídica del CEDH y otros instrumentos normativos, sobre todo políticos, que apoyan la opinión de que la FRA opera en un entorno global, prestando atención al desarrollo internacional de los derechos humanos especialmente dentro de la UE. En relación con el derecho fundamental a la protección datos, ha desarrollado actuaciones de

²⁵⁰⁹ DE BÚRCA, G.: “New Modes of Governance and the Protection of Human Rights”, en ALSTON, P. y DE SCHUTTER, O. (Eds) *Monitoring Fundamental Rights in the EU: the contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart, Oxford, 2005. p. 25-32.

²⁵¹⁰ CARTABIA, M.: “Europe and Rights...*op.cit.*”, p. 5.

²⁵¹¹ *Vid.* COM (2004) 693 final Comunicación de la Comisión “La Agencia de Derechos Fundamentales. Documento de consulta pública”, p. 7.

diversa naturaleza, haciendo un auténtico esfuerzo por promover los derechos relativos a la información y protección de datos²⁵¹².

La FRA completa sus diversas tareas de diferentes maneras. Las tareas principales de la FRA son: (1) la recopilación y análisis de datos objetivos, fiables y comparables a nivel europeo, participando activamente en la creación de redes con otros organismos; (2) la redacción de opiniones y perspectivas para las instituciones de los Estados miembros estableciendo un análisis a través de la publicación de informes; (3) la comunicación de un diálogo y estrategia social; y (4) el establecimiento de relaciones con las ONGs, los interlocutores sociales, las universidades y otros socios que se interesan por los derechos fundamentales, así como con los organismos especializados relacionados con la protección de ciertos derechos fundamentales²⁵¹³. Sin embargo, la FRA también forma sinergias con otras instituciones y organismos, como puede ser el Consejo de Europa²⁵¹⁴, organizaciones a nivel de los Estados e internacionales, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales nacionales. En este sentido, la FRA ha establecido una red de cooperación, la Plataforma de Derechos Fundamentales (*FRANET*), compuesta por organizaciones no gubernamentales que se ocupan de los derechos humanos, sindicatos y organizaciones patronales, organizaciones sociales y profesionales competentes, constituyendo mecanismos de intercambio de información.

Resulta relevante destacar que las líneas de actuación de la FRA se aglomeran en cinco temáticas, una de las cuales está íntegramente dedicada a la *Privacidad, Protección de los datos y las Nuevas Tecnologías*. En lo que concierne al derecho fundamental a la protección de datos, la FRA ha desarrollado actuaciones extensas de diversa naturaleza,

²⁵¹² Muestra de ello se ve en la Decisión núm. 2017/2269 de 7 de diciembre de 2017, que establece un marco plurianual del 2018-2022 para la FRA. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/about-fra/what-we-do/areas-of-work/multi-annual-framework-2018>

²⁵¹³ *Vid.* el artículo 4.1. del Reglamento de la FRA.

²⁵¹⁴ Acuerdo entre la entonces llamada Comunidad Europea y el Consejo de Europa sobre la cooperación entre la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa para evitar duplicidad y para complementarse y dar un valor añadido a su trabajo.

desde manuales especializados²⁵¹⁵, estudios²⁵¹⁶ y encuestas²⁵¹⁷, hasta opiniones, dictámenes²⁵¹⁸ y recomendaciones para los actores implicados como parte de sus informes anuales sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE. Sobre este último dictamen (referenciado a pie de página), queremos destacar el capítulo séptimo, correspondiente a las libertades informativas y los derechos digitales (*Information society, privacy and data protection*)²⁵¹⁹ en la que la FRA resume sus actuaciones y resalta las prácticas nacionales que considera prometedoras a escala europea para la protección de este derecho fundamental emergente; este último año, en especial, en el contexto de la inteligencia artificial²⁵²⁰. Con respecto a las recomendaciones que emite en su último informe anual, incidimos en la primera y en la tercera:

“Los Estados miembros de la UE deberían fomentar la participación efectiva de la sociedad civil y sus organizaciones en la aplicación de las reglas de protección de datos, proporcionando las bases jurídicas para que tales organizaciones puedan recurrir en caso de vulneraciones de la normativa de protección de datos [...] Los Estados miembros de la UE deberían alinear su legislación sobre la retención de datos de conformidad con las resoluciones del TJUE en esta materia, y evitar la

²⁵¹⁵ Destacamos el manual en materia de cibercriminalidad y derechos fundamentales, petición del Parlamento Europeo en 2018, actualmente en curso: FRA: *Handbook on European law relating to cybercrime and fundamental rights*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Más información disponible en: <https://fra.europa.eu/en/project/2018/handbook-european-law-relating-cybercrime-and-fundamental-rights>

²⁵¹⁶ Vid., por todos, FRA: *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010, Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf; y FRA: *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU - Volume II: field perspectives and legal update*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-surveillance-intelligence-services-vol-2_en.pdf

²⁵¹⁷ Nos remitimos a todas las examinadas en el capítulo anterior con respecto a las víctimas de ciberviolencia y a las mujeres como víctimas de violencia de género.

²⁵¹⁸ Recordemos su Dictamen núm. 2/2012 de 1 de octubre de 2012 sobre la reforma del marco regulatorio europeo en materia de protección de datos que analizo en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos...op.cit.*, p. 129: “en lo referente a establecer un equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales en juego y las recomendaciones que emite al respecto. Por ejemplo, sugiere cambiar la terminología de ‘con fines periodísticos’ a la noción más genérica de ‘con fines de libertad de expresión e información’ para establecer más coherencia con la CDFUE; sugiere que la regulación del derecho al olvido sea más clara, especificando que también se aplicará en el caso de menores; y sugiere que, con el fin de tener debidamente en cuenta los desarrollos relativos al acceso a documentos, tanto a nivel nacional como internacional, podría considerarse la posibilidad de insertar una cláusula sustantiva sobre el acceso a los documentos en ambos textos, para facilitar el ejercicio de equilibrio entre ambos derechos fundamentales”.

²⁵¹⁹ FRA: *Fundamental Rights Report 2019*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, pp. 153-166. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-fundamental-rights-report-2019_en.pdf

²⁵²⁰ *Id.*, p.159.

retención general e indiscriminada de datos [...] las legislaciones nacionales deberían incluir controles estrictos de proporcionalidad así como las garantías procesales apropiadas para el ejercicio efectivo de los derechos a la privacidad y a la protección de datos personales”²⁵²¹.

En lo que concierne específicamente a la protección de datos de los colectivos vulnerables, destacamos dos de sus publicaciones que versan sobre la protección de datos en el marco del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Por un lado, tenemos el Informe relativo a la protección de datos especialmente sensibles, titulado *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*²⁵²². En este examina y recomienda medidas protectoras de protección de datos para personas en situación de especial vulnerabilidad, como son los refugiados e inmigrantes. Por otro lado, su Informe relativo a la interoperabilidad de los sistemas en la UE titulado *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*²⁵²³ en el que, entre otras cosas, incide en la especial vulnerabilidad de (y concreciones técnicas de interoperabilidad para) los menores de edad, dada su situación particular. En otro orden de cosas, recordemos la ya analizada encuesta a escala europea sobre la violencia de género contra las mujeres (*Violence against women: an EU-wide survey*) y las garantías jurídicas que propone para proteger su intimidad, en tanto en cuanto se ven desproporcionalmente expuestas a insinuaciones inapropiadas y ataques en línea²⁵²⁴. En este sentido, conviene recordar que la FRA, en el caso concreto de las víctimas de ciberacoso y mujeres víctimas de otros actos de ciberviolencia (especialmente la sexual), ha ejercido presión sobre los responsables de las redes sociales para que hagan más para “responder a los comportamientos abusivos y obligar a los autores de estas conductas a rendir cuentas”²⁵²⁵. Con respecto a las personas trans, la FRA, como aliado en la lucha

²⁵²¹ *Id.*, p. 165.

²⁵²² FRA: *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-biometrics-fundamental-rights-eu_en.pdf

²⁵²³ FRA: *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-interoperability-eu-information-systems_en-1.pdf

²⁵²⁴ Para el informe completo con los resultados, *vid.* FRA: *Violence against women: an EU-wide survey. Main Results*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf (p. 105)

²⁵²⁵ *Id.*, p. 93.

de este colectivo contra la discriminación y la exclusión²⁵²⁶, además de sus numerosos estudios estadísticos sobre el colectivo LGTBIQ²⁵²⁷, acaba de anunciar que ha acometido a lo largo del año 2020 una actualización de la temática (pues su última encuesta e informe especializado al respecto se realizó en 2012), cuya publicación está prevista a lo largo de este año²⁵²⁸.

Con respecto a la cooperación y sinergia con el CdE, conviene al menos citar que en 2014, y posteriormente en 2018, tras la aplicación del nuevo marco paneuropeo de protección de datos, el TEDH y la FRA decidieron colaborar en la preparación de un manual sobre la normativa y jurisprudencia del derecho fundamental a la protección de datos²⁵²⁹. La FRA consideró útil hacer accesible un manual para los profesionales de la justicia, para los delegados de protección de datos, y para el conjunto de la ciudadanía y las instituciones al servicio de ella. Esta manual examina, en otras palabras, la regulación paneuropea en esta materia, destacando su doctrina jurisprudencial consagrada, así como las sinergias y divergencias con el modelo del Viejo continente. Las 450 páginas del texto analizan el contenido esencial del derecho objeto de estudio y su correspondiente jurisprudencia, para concienciar a los profesionales del Derecho, los actores sociales y los individuos de los principios y derechos y la solución práctica a los conflictos de intereses. La FRA también ha actualizado la jurisprudencia disponible y la doctrina jurisprudencial extraída de estos casos²⁵³⁰.

En lo que concierne específicamente al derecho al olvido, la FRA ha incidido en la necesidad de reforzar la autodeterminación informativa del interesado y ha visto como un éxito el fortalecimiento y la ampliación del elenco de derechos digitales con la positivización europea del derecho al olvido, que lo define como la garantía que “*permite a las personas solicitar el borrado de sus datos personales si ciertas condiciones se*

²⁵²⁶ FRA: *Lesbian, gay, bisexual and transgender rights Overview*. Disponible en: https://fra.europa.eu/fraWebsite/lgbt-rights/lgbt-rights_en.htm#3

²⁵²⁷ Vid., por todas, FRA: *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf; y FRA: *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf

²⁵²⁸ Así al menos lo ha anunciado en <https://fra.europa.eu/en/project/2018/eu-lgbti-survey-ii>

²⁵²⁹ Vid., su última versión FRA y CdE, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos. Edición de 2018*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf

²⁵³⁰ Ella se encuentra disponible en <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/8-protection-personal-data#TabCaseLaw>

cumplen”, recordando que no es un derecho absoluto pero sí decisivo para el control individual de la privacidad²⁵³¹. Pese a calificarlo como el derecho de borrado, también concreta que las soluciones técnicas para cumplir con el principio de limitación del tratamiento, en general recuerda que, en caso de reclamar el interesado información inexacta o ilegalmente almacenada, se deberá asimismo contemplar medidas de corrección o eliminación²⁵³². En el caso particular de datos especialmente sensibles (las categorías especiales de datos) deberán llevar aparejadas no sólo la limitación en el acceso sino también la supresión automatizada de los datos una vez finalizados los tiempos legalmente previstos de retención²⁵³³. Con relación a la implementación correcta del RGPD, recuerda que los esfuerzos de los responsables del tratamiento, sobre todo en organismos privados y organizaciones de la sociedad civil, deben centrarse en la revisión de las políticas de privacidad, en la obtención del consentimiento de los interesados para revisar o eliminar datos de carácter personal²⁵³⁴, en la puesta a disposición de información a los interesados relacionada con el ejercicio de los derechos ARCOPOL, y en la necesidad de cooperar con los organismos de supervisión y autoridades de control²⁵³⁵.

Por último, queremos incidir en las herramientas valiosas que pone a disposición la FRA para los operadores jurídicos y el conjunto de la ciudadanía. Consideramos especialmente relevantes las explicaciones y jurisprudencia que proporciona para cada derecho reconocido en la CDFUE. En el caso del derecho fundamental a la protección de datos, no sólo ofrece aclaraciones con respecto al tenor del art. 8 CDFUE, sino que también explica las garantías normativas europeas e internacionales, así como la jurisprudencia atinente y actualizada a nivel nacional y europeo (en su sentido más amplio, con la praxis jurisprudencial del TJUE y del TEDH)²⁵³⁶.

Como se puede observar, la FRA ha influido en la legislación y en las políticas en materia de privacidad, no solo reuniendo información y opiniones fundadas a nivel institucional, sino también a nivel de organizaciones que son capaces de promover la autodeterminación informativa a nivel nacional. Por lo tanto, el objetivo de la FRA es

²⁵³¹ FRA: *Fundamental Rights Report 2019...op.cit.*, p. 154.

²⁵³² *Id.*, pp. 9 y 29.

²⁵³³ FRA: *Fundamental rights and the interoperability of EU information...op.cit.* p. 24.

²⁵³⁴ FRA: *The General Data Protection Regulation – one year on Civil society: awareness, opportunities and challenges*, 2019. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-gdpr-one-year-on_en.pdf (p. 2).

²⁵³⁵ *Id.*, p. 7.

²⁵³⁶ FRA: *EU Charter of Fundamental Rights: Article 8 - Protection of personal data*. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/8-protection-personal-data#TabCaseLaw>

proporcionar a las instituciones y órganos comunitarios, así como a los Estados miembros de la UE, la asistencia y los conocimientos especializados en materia de derechos fundamentales, centrándose en los últimos años en el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho al olvido, al aplicar el Derecho de la UE, ayudando a estos actores institucionales a respetar y hacer valer plenamente estos derechos.

2.4. El Defensor del Pueblo Europeo

Es de obligada referencia, como garantía no jurisdiccional del derecho a la protección de datos, en general, y del derecho al olvido, en particular, la institución del *Ombudsman* europeo. Esta obligación se fundamenta, por un lado, en su actuación, como órgano independiente dotado de poderes para velar por los derechos fundamentales digitales en el contexto de la *Maladministration* y, por otro, en su interesante relación institucional con el poder judicial europeo. La necesidad de estudiar esta garantía no jurisdiccional, como mecanismo de autotutela o autocontrol de la propia administración europea, en su sentido más amplio, ha sido magistralmente explicada por Tomás Mallén: por un lado, permite conjugar el estudio de una “parte integrante (previa) del derecho a la buena justicia” (o en palabras de la CDFUE, el derecho a la tutela judicial efectiva), y por otro, posibilita examinar los “*elementos integrantes del sistema de fuentes que, nacidos a priori en el marco de la categoría de normas de soft law, ven reforzado notablemente su contenido hasta llegar a cierta eficacia jurídica*”²⁵³⁷, precisamente gracias a la acogida de los códigos de buena conducta administrativa y el uso, como directriz cardinal e instrumento vinculante, de la propia CDFUE.

El Defensor del Pueblo de la Unión Europea²⁵³⁸ (en adelante, “Defensor del Pueblo Europeo”) es la institución, creada en el Tratado de Maastricht de 1992, actualmente regulada en los arts. 24 y 228 del TFUE, que figura como el alto comisionado del Parlamento Europeo para:

²⁵³⁷ TOMÁS MALLÉN, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, p. 43.

²⁵³⁸ Con facultades que brindan la oportunidad de combinar los instrumentos de aprobación parlamentaria y control judicial. De hecho, el derecho a presentar una queja ante el Defensor del Pueblo se establece en el artículo 20 del TFUE, así como en el artículo 43 de la CDFUE en lo que respecta a los casos de mala administración.

*“recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”*²⁵³⁹.

En resumen, este instruye y responde a las quejas de los ciudadanos, las empresas y las organizaciones de la UE y ayuda a revelar los casos de la llamada ‘mala administración’²⁵⁴⁰. Así, al igual que sus contrapartes nacionales, supervisa la actividad de la administración europea, siendo el garante de aquellos derechos, principios y conductas de buena administración en el ejercicio de la actuación administrativa europea. Según su regulación en el Derecho primario y en su reglamento constitutivo, goza de una serie de poderes y tiene a su disposición una serie de instrumentos para ejercer su labor, entre las que cabe destacar, de manera reactiva, la investigación de reclamaciones o quejas, a instancia de parte, presentadas sobre casos de mala administración y, de manera proactiva, iniciando procedimientos *ex officio*, así como examinar cuestiones sistémicas de más amplio alcance que afectan a la actuación administrativa de las instituciones de la UE.

Cabe, por supuesto, referenciar, además de la CDFUE, cuyos art. 41 y 43 relativos al derecho a la buena administración y al derecho a someter quejas al Defensor del Pueblo europeo sobre la vulneración del mismo, forman la base jurídica sobre la que fundamenta sus actuaciones, el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (“CEBCA”, en adelante), aprobado en 2001²⁵⁴¹, en tanto en cuanto constituye la norma directamente aplicable a las instituciones y organismos de la UE (así como a sus funcionarios y personal contratado) cuando tratan con la ciudadanía europea. El CEBCA tiene como objeto principal concretar las normas y principios reconocidos en el Derecho Administrativo europeo. El contenido del mismo refleja diferentes facetas de la buena administración, de las cuales destacaremos los elementos más relevantes en función del objeto de estudio de este trabajo: desde la codificación de principios generales del Derecho Administrativo (por ejemplo la transparencia), los derechos y deberes procesales y sustantivos que

²⁵³⁹ Vid. art. 228.1 TFUE.

²⁵⁴⁰ Entendido como el respeto de los principios de la buena administración y/o la violación de los derechos humanos por las instituciones, órganos u organismos de la UE.

²⁵⁴¹ *El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*. Versión española disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510>

derivan de las normas europeas (muchos de ellos derechos fundamentales según el Derecho Constitucional europeo, por ejemplo la protección de los datos de carácter personal), hasta las normas y procedimientos de la práctica administrativa (por ejemplo el derecho a la información y al acceso a los documentos u obligaciones de retención y mantenimiento de registros).

Si bien no es un instrumento jurídicamente vinculante *per se*, al concretar el derecho a una buena administración establecido en la CDFUE, instrumento jurídico vinculante con el mismo valor que los Tratados constitutivos, en la práctica, el CEBCA constituye un documento indirectamente vinculante para las actuaciones que por mandato constitucional realiza el Defensor del Pueblo europeo. Este asienta su doctrina y sus decisiones sobre la mala administración prácticamente de manera exclusiva en este código. Desde el inicio del primer mandato de Jacob Söderman, en 1995, ha habido una activa promoción y protección de la CDFUE y de las disposiciones relacionadas con el contenido del CEBCA: incumplimiento por parte de una institución u organismo comunitario de respetar los derechos enunciados en la Carta, lo que constituiría un caso de mala administración. Además, el CEBCA ha venido sirviendo como fuente inspiradora en la adopción de códigos de buena administración para cada institución europea, como directrices útiles para instituciones a nivel nacional, para asegurarse de que cumplen con los principios, derechos y prácticas de una buena administración, en lo que respecta a sus relaciones con el público y como instrumento útil para los ciudadanos europeos, informándoles sobre sus derechos y las normas y principios administrativos que pueden y deben esperar de las instituciones a las que se dirigen.

Con respecto a la protección de datos, en general, y al derecho al olvido, en particular, cabe poner sobre la mesa tres cuestiones. En primer lugar, este derecho fundamental figura, de manera explícita, en el documento de trabajo principal del Defensor del Pueblo europeo, concretamente en el art. 21 del CEBCA que reza:

*“El funcionario que trate datos personales referentes a un ciudadano respetará la privacidad y la integridad de la persona de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CE) n° 45/2001 [...] [en virtud del principio *lex posterior derogat anterior*, entendemos que desde el 2018 deberán tomar en consideración el nuevo RIPD en su lugar] relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos*

comunitarios y a la libre circulación de estos datos [...] En particular, el funcionario evitará el tratamiento de datos personales con fines no justificados o la transmisión de tales datos a personas no autorizadas” (énfasis nuestro)²⁵⁴².

De una lectura conjunta de este precepto y del art. 19 del RIPD, podemos afirmar el reconocimiento y el potencial ejercicio del derecho al olvido (como derecho a obtener sin dilación indebida la supresión de datos personales), entre otras razones, cuando los datos ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recabados, cuando el interesado revoque su consentimiento y no haya una base jurídica que legitime seguir con el tratamiento o cuando se oponga al mismo, cuando los datos se hayan tratado de manera ilícita. El deber de “evitar” el tratamiento de datos personales con fines no justificados o la transmisión no autorizada a terceros de los mismos se convierte, a la luz del marco paneuropeo de protección de datos, en un deber de “eliminar” o “minimizar” la accesibilidad a los mismos, si así lo solicita el interesado. Así, los interesados tendrán derecho a que se rectifique o se eliminen los datos si el uso o la retención del mismo infringen los principios de protección de datos en los que se cimienta el RIPD.

Con relación a esto, por supuesto, debemos de referenciar el considerando 5 (principio de transparencia) en conjunción con el art. 23 (acceso público a documentos)²⁵⁴³, en tanto en cuanto ambos, íntimamente relacionados, son elementos clave para la democracia: la transparencia contribuye a la rendición de cuentas mediante un público informado que debate, participa y denuncia determinadas prácticas institucionales. La transparencia, como valor fundamental de un sistema democrático, abierto y basado en el Estado de Derecho, y el acceso a documentos, como una dimensión de la misma y una herramienta para conseguir los objetivos europeos, han sido perspectivas prioritarias para el Defensor del Pueblo europeo; muestra de ello se encuentra en su último informe anual²⁵⁴⁴.

No obstante, ambos se encuentran en directa colisión con la protección de datos y la privacidad. El difícil equilibrio entre estos intereses contrapuestos ha dado lugar a

²⁵⁴² *Id.*

²⁵⁴³ Que reza: “El funcionario tratará las solicitudes de acceso a documentos de la institución de conformidad con las normas aprobadas por la institución y con los principios y límites establecidos en el Reglamento (CE) n° 1049/2001 [de Nuevo entendemos que a partir del 2018 es el nuevo RIPD] [...] Si el funcionario no puede satisfacer una petición oral de acceso a documentos, indicará al ciudadano que la formule por escrito”.

²⁵⁴⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO: *Informe Anual 2018*, publicado el 14 de mayo de 2019, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/annual/es/113728>

numerosas quejas, investigaciones y decisiones por parte del Defensor del Pueblo europeo en lo que a la transparencia en el ejercicio de la función pública europea se refiere. Así, si bien los funcionarios o empleados públicos no renuncian a sus derechos, incluido la protección y control de sus datos personales ni su intimidad, una vez entran en el aparato burocrático europeo, un cierto grado de transparencia es deseable e inevitable. En tal sentido, y en segundo lugar, el Defensor del Pueblo europeo (en la actualidad la Defensora Emily O'Reilly) no solo ha proporcionado un procedimiento de vía rápida para gestionar las reclamaciones relativas al acceso a documentos, sino que, además²⁵⁴⁵, ha tenido que investigar y decidir sobre la difícil conciliación entre estos intereses. Sin ánimo de ser exhaustivos, presentaremos los ejemplos más recientes que consideramos más relevantes con respecto al objeto de análisis del presente trabajo.

La resolución de 14 de marzo de 2018, relativa a la negativa de la Comisión Europea a poner a disposición del público documentos sobre un proyecto de investigación clínica financiado por la UE resulta de interés, pues su fundamentación se basó principalmente en la protección de la intimidad, integridad y protección de datos. Habida cuenta del carácter sensible de la información personal recogida en el mismo, concluyó que la actuación de la Comisión Europea estaba justificada en tanto en cuanto el solicitante no había justificado su interés legítimo en obtener dicha información, a la luz de las salvaguardas impuestas por la normativa europea de protección de datos para proteger la privacidad e integridad de las personas²⁵⁴⁶. Así pues, observamos que en el examen de conciliación entre el derecho de acceso y la protección de datos, en aras de proteger a las personas perjudicadas, el Defensor del Pueblo considera prevalente garantizar el segundo cuando no existen razones justificadas y de peso para hacer accesible información de carácter personal.

En casi idéntica línea, se pronuncia en la resolución de 29 de marzo de 2019, relativa a la negativa de la Agencia Ejecutiva para la Educación, el Sector Audiovisual y la Cultura a concederle el acceso a información personal sobre una serie de funcionarios supervisores de un proyecto en un país candidato a la UE. Aquí, de nuevo, observamos que el Defensor del Pueblo, con objeto de conciliar los intereses en juego, de nuevo le dio

²⁵⁴⁵ Comunicado de Prensa núm. 3/2018 de 20 de febrero de 2018 titulado *Ombudsman launches 'fast-track' complaint procedure for access to documents*. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/press-release/en/89910>

²⁵⁴⁶ *Id.* apartados 37-39 de la queja núm. 124/2018/NF de 14 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/91179>

la razón a la agencia europea, sobre la base de la falta de justificación sobre la “necesidad” en la revelación de datos de carácter personal, estableciendo una obligación de determinar “*si los intereses legítimos de los funcionarios se verían afectados por la divulgación de sus nombres y, en caso afirmativo, si esos intereses legítimos son más importantes que la necesidad planteada por la persona que solicita la divulgación de los nombres*”²⁵⁴⁷. Ambos razonamientos se pueden perfectamente extrapolar a otro tipo de restricción en la accesibilidad mediante el derecho de supresión o el derecho al olvido.

Y precisamente en esta línea, resulta de interés comentar la resolución de 29 de noviembre de 2019²⁵⁴⁸, relativa a la tramitación de la Comisión Europea de una solicitud de acceso a documentación relativa a una publicación de una entrada de blog²⁵⁴⁹, que había eliminado con anterioridad, debido a las fuertes críticas que suscitó su lenguaje y tono, y que, por ende, no podía incluir como parte de la solicitud, concediendo únicamente un acceso parcial de todo lo pedido por el reclamante. La apreciación del Defensor del Pueblo europeo se resume en dos ideas. Por un lado, en virtud de la presunción de legalidad de los actos de la UE, si una institución afirma que un documento no existe, se dará por verdadera aunque, si existe prueba en contrario, se desvirtuará. Se demostró que, al eliminarse de Internet por las fuertes críticas, la Comisión no conservó ninguna versión del artículo ni hubo comunicaciones internas posteriores a la fecha de publicación, más allá de las que ya había puesto a disposición del reclamante²⁵⁵⁰. Por otro lado, y en lo que más nos interesa, concluyó que la ausencia de registros u otras pruebas de la existencia o la supresión de comunicaciones escritas sobre este asunto resultaba razonable en tanto en cuanto desvirtuaría el objetivo de la supresión de información si quedase archivado dicho contenido sin ningún tipo de justificación²⁵⁵¹.

En tercer y último lugar, es destacable el propio posicionamiento del Defensor del Pueblo europeo que reconoció y aseguró el ejercicio efectivo del derecho al olvido en el

²⁵⁴⁷ *Id.* apartados 9-12 de la Resolución de la queja 1936/2018/FP de 29 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/111885>

²⁵⁴⁸ Así, señaló que “*las grabaciones de voz durante las pruebas de acreditación no deben considerarse material de prueba. Dado que estas grabaciones sólo incluyen su voz, podrían constituir datos personales a los que usted podría tener derecho a solicitar acceso. Si desea seguir adelante con la cuestión de obtener sólo sus grabaciones de voz, puede pedir asesoramiento al Supervisor Europeo de Protección de Datos*” (traducción propia). *Vid.* Resolución de la queja 1476/2019/EWM de 29 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/122165>

²⁵⁴⁹ Titulada “The Copyright Directive: how the mob was told to save the dragon and slay the knight”, presuntamente publicada en www.medium.com

²⁵⁵⁰ *Id.* apartados 16-18 de la Resolución de 29 de noviembre de 2019.

²⁵⁵¹ *Id.* apartados 19-21 de la Resolución de 29 de noviembre de 2019.

marco de sus actuaciones. De una parte, incluso en casos en los que no constató mala administración, ha remitido a los interesados al órgano competente (el SEPD) en los casos en los que consideraba que podía haber otra interpretación relativa a cuestiones de protección de datos²⁵⁵². De otra parte, parece incidir en la importancia de garantizar el derecho al olvido en su política sobre el suministro de información sobre terceros en el marco de sus procedimientos de responder las quejas de los ciudadanos europeos²⁵⁵³. Es obligación del mismo informar a terceros, en el caso de que sus datos personales sean parte de cualquiera de sus actuaciones, cuando formen parte de documentos relativos a las investigaciones que llevan a cabo, sobre la naturaleza de la información personal y los fines de su tratamiento²⁵⁵⁴, así como sobre los derechos digitales que pueden ejercer, entre ellos, el derecho a solicitar su supresión²⁵⁵⁵, solicitud que puede verse excepcionalmente aceptada, incluso en el caso de “información relevante”²⁵⁵⁶.

En lo que respecta a la protección de personas en situación de vulnerabilidad, de una interpretación conjunta de todo lo supracitado y su doctrina, basada en el principio de no discriminación de colectivos vulnerables o grupos minoritarios²⁵⁵⁷, podrían derivarse conclusiones interesantes. A la luz de todo lo anterior, cabe concluir que el Defensor del Pueblo de la Unión Europea ha ayudado a desarrollar el ejercicio del derecho al olvido, no sólo a través de la protección de los datos de carácter personal, sino también llevando su potestad hasta sus últimas consecuencias como es la redacción de decisiones que tienen el poder de modificar las actuaciones administrativas del aparato institucional europeo. El Defensor del Pueblo Europeo, por tanto, protege de manera eficaz el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal consagrado en el art. 8 CDFUE y en el art. 21 de la CEBCA. Con independencia de su escueta doctrina administrativa en materia del derecho olvido, en los últimos años ha pasado de ser un discreto guardián de los derechos fundamentales digitales a una de las piezas

²⁵⁵² Este es el caso de la resolución de la queja núm. 379/2020/NH de 24 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/decision/en/126092>

²⁵⁵³ Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO: *The Ombudsman's policy on the provision of information to the third-party data subject in a complaint or an inquiry* de 16 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/document/en/70851>

²⁵⁵⁴ *Id.* apartado 2(c) y (d)

²⁵⁵⁵ *Id.* apartado 2(g)(ii).

²⁵⁵⁶ *Id.* apartado 3(c).

²⁵⁵⁷ Vid. por ejemplo las aportaciones que hago en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “The Principle of Non-Discrimination on the Grounds of Age: Recent Developments in European Law in Relation to the Rights of the Elderly”, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Studies on Labour Law and Social Policy)*, Vol. 22, 2015, pp. 267-292.

institucionales clave en esta materia, y, en tal sentido, se le debe reconocer su papel como garante no jurisdiccional en la materia.

Como balance del impacto de las cuatro garantías no jurisdiccionales analizadas (el SEPD, el CEPD, la FRA y el Defensor del Pueblo Europeo) cabe afirmar que, además de las sinergias entre ellas, desempeñan una labor nada desdeñable con carácter complementario a las garantías jurisdiccionales anteriormente examinadas. Es más, entre las garantías no jurisdiccionales y las jurisdiccionales existen asimismo potenciales sinergias. Y más aún, desde la perspectiva de la accesibilidad de la ciudadanía europea a esas garantías, las no jurisdiccionales resultan más asequibles o, dicho en otros términos, las jurisdiccionales son en cualquier caso subsidiarias pese al lógico carácter vinculante de las resoluciones judiciales.

Expresado lo cual, cabría efectuar dos ulteriores observaciones. A tenor de la primera, es pertinente insistir en un aspecto anteriormente reseñado, esto es, que la actividad de las cuatro garantías no jurisdiccionales analizadas, pese a no tener un alcance vinculante directo, sí lo proyectan de manera indirecta cuando sus recomendaciones, dictámenes, etc., nutren el contenido del derecho fundamental a una buena administración y a la protección de datos (y al derecho al olvido) bajo el paraguas de la CDFUE y, consecuentemente, ha generado resoluciones judiciales (por ende, vinculantes) del TJUE. Y la segunda observación tiene que ver con la naturaleza “matizada” de las actuaciones de las garantías no jurisdiccionales en relación con la Justicia Europea, pues mientras los informes de carácter general de dichas garantías no plantean problemas, los dictámenes o resoluciones sobre quejas concretas no podrán interferir en la independencia judicial (a título de ejemplo, el Defensor del Pueblo tiene vedado intervenir en el examen de una queja o reclamación que tenga que ver con las tareas judiciales del TJUE).

PARTE FINAL

I. FINAL CONSIDERATIONS & CONCLUDING REMARKS

Seguidamente, enumeramos las conclusiones que extraemos del análisis y desarrollo efectuado en este trabajo de investigación sobre el derecho al olvido. Ante las cuestiones suscitadas y a partir de los siete objetivos propuestos (en semejante línea se incluye la pregunta que las recapitula) las presentamos como colofón, añadiendo al último una reflexión final. Con el objetivo de cumplir con los requisitos para optar a la mención internacional al título de Doctor, se exponen a continuación estas conclusiones en lengua inglesa.

This concluding section will attempt to summarize our answer to the seven research questions/objectives posed in our introduction, further confronting the problems of the recognition and constitutional regime of the so-called right to be forgotten and its role within the European framework of data protection, with special reference to vulnerable persons.

FIRST. Where does the recognition of the right to be forgotten stem from and why is it necessary?

The accelerated and constant change of technological innovation and the unstoppable force of digital transformation have radically changed the scale and the way in which data are exchanged and used. This new socio-digital reality grounds itself in the universal and unrestricted storage, processing and massive transfer of information. Among the most distinctive elements of our digital age, the disappearance of spatial and temporal limits in the creation and dissemination of content online, as well as the development and proliferation of search engines documenting and archiving this content, are worth highlighting. Technological and digital innovation are restructuring the ways individuals, companies and modern societies function. Information is not only money but power, as there are specific markets that depend, in their entirety, on personal data. Thus, despite the wide range of opportunities that currently ensure social and economic progress by facilitating daily life in all its facets, the design and dependence on new information and communication technologies also make them a potential source of vulnerability for states (in terms of security), companies (in terms of competitiveness) and individuals (in terms of personal development and dignity).

The aforementioned digital environment has led to the creation, instant and universal dissemination of information, and therefore, as a natural consequence, it has led to perpetual online storage in the limitless Web. On the one hand, it will be impossible to delete any data from the Network after it has been uploaded. On the other hand, the multiplying effect of search engines' scheduling, crawling, parsing, and indexing, facilitates information's immediate and unlimited retrieval, classification and circulation

Nowadays, when memory has been pushed right into the background of countless databases and has opened a range of possibilities that allow for permanent data storage, we are witnessing the birth of digital persons and identities, and the never-before-seen premiere of the so-called 'digital memory'. This memory is composed of two characteristic features. Firstly, it is a memory that stores not only all the information generated by users manually or directly, but also all the information generated indirectly by their online behavior. Secondly, it is a memory that transcends the limits of human memory, cleverly designed with the ability to forget. Focusing on this second feature, until the digital revolution, information existed in a specific and manageable way, and it was gradually and inescapably lost, deteriorated or forgotten with the passage of time. However, our memory no longer resides just in our brain or in paper; current technologies expand our memories in the form of bytes, stored in physical devices, or often now in the Cloud. Not only it is hard to know where our personal data are stored, replicated as they are several times in different servers -servers that may be in the US, China or even in a server farm outsourced to a satellite location for cost reduction- but our memories are also preserved, with minute detail, even beyond our own forgetfulness. This hinders the ability to detach oneself from past events or mistakes and sometimes leaves the task of rehabilitation and personal improvement and development out of the question.

Historically, forgetting was the rule and memory the exception, but today's technology has led humanity to have digital memory as a categorical principle and oblivion only as the anomalous default. Nowadays, individual identity is, to a great extent, defined by the control of personal information and the exercise of personal autonomy online, or lack thereof. This, indeed, has come to explain the prevailing and insistent demand of individuals to try and take back some control over their digital identities, as they directly affect their real lives. Individuals lose their ability to build, develop and reconstruct their inner stories as time passes.

All of the above poses a legal challenge to regulate these new situations and to protect rights in a more effective way, especially those related to privacy. This is a central issue brought about by the digital technologies. The Internet, as a receiver of information, can in turn become a provider when it disseminates or simply enables its retrieval by Internet users. In addition, the way in which our current society understands human existence, and day-to-day life, has dramatically changed. The ability to distinguish between what is offline and online, or what information is relevant and irrelevant, in a world that tends to be constantly interconnected and that demands absolute transparency, is no longer feasible. In turn, the information that gets into the World Wide Web, is not filtered by professionals or subject to a code of ethics. This turns the Internet into a global, complex, interactive, accessible, anonymous, open and unbound information channel, that is characterized by temporal indeterminacy. The Internet, endowed with an uncontrollable power to accumulate data, and the proliferation of search engines that enable immediate searches and results of available information therein without any contextualization, endangers individuals' privacy, reputation and personal development.

In this regard, due to the modern evil of digital perpetuity and information overload on the Internet, all kinds of memories are preserved: the good, the bad and the *uglies*. In this context, it is not surprising that technological advances and, in particular, digital ones, have generated many concerns about the impact of such progress on potential risks to fundamental rights. Undoubtedly, this new socio-digital reality poses real problems with regard to the protection of fundamental rights and, more generally, it places a severe strain on privacy, on the free development of personality and personal identity in the online world, in particular, and human dignity, in general. And it is precisely in the face of this new reality, in which the relationship between humans, science, economy and technology has never been closer, where the obligation of the legislator and the judge arises, in order to give adequate responses to the existing risks to fundamental rights' protection in an era of unstoppable technological and digital advances that is causing unprecedented seizures of privacy, identity and general livelihood.

In addition, new information and communication technologies, especially the World Wide Web, are borderless technologies and spaces that transcend Nation-State schemes and conceptions. In this framework, the all-encompassing and globally-reaching technological innovation and digital transformation bring about various problems, especially in the spheres of privacy and data protection. All of this has required responses

that also transcend domestic legal order guarantees, of which the EU case is an interesting example at the backdrop of an emerging stage of European constitutionalism. The EU has undergone a gradual process of legal and political integration, and, in recent years, an extensive process of digital integration, always with the ultimate goal of ensuring the respect of human dignity. Although its constitutional nature has been called into question, this axiological goal is reflected in the political and legal consequences of the adoption and entry into force of the Lisbon Treaty. With the amendment of the founding treaties and the recognition of the legally-binding nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, its constitutive dogmatic and organic structures have been clarified. Its current legal system shows a revised constituent pact, which aims at protecting fundamental rights with similar normative and jurisdictional guarantees to that of Nation-States, guided by basic principles of constitutionalism, but adapted to fit EU's pluralist and supranational nature- commonly called multilevel constitutionalism. That is why we have adopted a constitutional approach to examining the recognition and exercise of the right to be forgotten in the EU, given that, as in constitutional states, fundamental rights in the EU also constitute the essential core of its legal system.

Faced with a challenge that affects such universal categories, national lenses and solutions will have to give way to supranational ones. Accordingly, we analyze the right to be forgotten from an EU rights-based perspective, which has been pervasive in recent years, in its slow, yet upward, process of legal and digital integration. The focus is placed on ensuring the effectiveness of the right to data protection, in general, and the protection of those in particularly vulnerable situations in the digital space.

The solution to the problem of this needed oblivion appears as an unsettling legal issue. The reason is two-fold. On the one hand, digital memory online has not only become an individual external memory, but also part of a social (transactive) digital memory. The way individuals and societies collectively remember, forget, and recall events, people, etc., has radically changed with the digital transformation. The online world has created individual memory chips, interactions and compilations of which have additionally created a giant collective memory device. We are requiring oblivion from technologies that are not designed to forget. These technologies are designed to remember precisely to improve content customization and to satisfy other rights and legally-protected interests such as information access, freedom of expression and transparency. On the other hand, infallibility of the absolute memory of digital systems, and particularly the Internet, are

contradicted by the limits of human memory. This means that the traces we leave in the digital world, remain and follow us, like a shadow, wherever we go. Digital memory also defies the human/psychological experience of time, which lies at the core of our existence. Digital memory prevents people from being able to separate from their past, which, in turn, prevents healthy growth and human development in all facets of life.

For all of the abovementioned reasons, and on the basis of the existence of human memory, neurological algorithms that establish, by design and by default, a certain degree of obscurity or selectivity in the access and recalling of certain memories for the good of the system as a whole, so too must digital algorithms of the Web, and those operating therein, contemplate a version of digital obscurity. As a possible techno-legal solution to the aforementioned problems, brought by digital technologies, the EU's stance has been to regulate a right to digital oblivion (commonly known as 'the right to be forgotten'). It was first recognized in the *Google Spain* CJEU case (2014), later included in the data protection framework reform (2016) and subsequently recognized and outlined in the CJEU's *Manni* (2017) and other Google-related cases (2019). Though the name is problematic (at the very least misleading) and the European normative definition is too general, the right to be forgotten, as it stands today, could be generally understood as a right to ask for personal data to be erased, de-indexed or have its accessibility reduced under certain circumstances, when said personal information is no longer relevant, necessary or has become obsolete. In other words, it allows individuals to surpass their past by targeting and removing online personal information, based on generalized search results links (in the case of search engines for example), that, with the passing of time, have become decontextualized, outdated or no longer portray an accurate picture of the current reality (albeit not deleting the original source of said indexed information).

Given the new and potentially harmful reality of absolute permanence (and massive processing) of personal data, regulating such a right is a necessary and appropriate legal response. This right provides a new remedy that guarantees data control and control of the information that is accessible on the World Wide Web. Not only does it consist in a new mechanism that guarantees the control of data and information visible on the web, but also serves as counterbalance to the aforementioned concerns of the collective digital memory, which will never forgive or forget. This allows for regaining the control over an aspect of the identity one projects to the world, as well as the freedom from unreasonable

constraints on the establishment of one's own identity, and the possibility to achieve social or informational rehabilitation.

The chosen name is not random at all; it was used for the first time in the Quebec system, in the famous case *Goyette v. Rodier* (1889), from which the figure of non-contractual civil liability (tort) for the dissemination and mass access to information was born. Today, a *droit à l'oubli numérique* has been adapted from the traditional *droit à l'oubli judiciaire*, a criminal law institution, which takes up the need for the past to be forgotten in order to restore our freedom and dignity. This is why the traditional right to be forgotten in Civil Law systems, particularly the French and Italian ones, has focused on protecting the very personal rights of ex-convicts, taking the form of a request for the deletion of public data (such as court decisions and convictions), which are no longer of journalistic interest because of the amount of time that has elapsed.

This type of informational self-determination, an inherent part of the fundamental right to data protection, allows the individual to decide, on the basis of his or her own identity and autonomy, when and within what limits personal information should be disclosed to others. The basis of the right to be forgotten, like that of the fundamental right to data protection, stems from the necessary strengthening of dignity, personality, reputation and identity, redressing the power imbalance in favor of the individual, in order to be able to control the use of their own personal data. This is not the first (nor will it probably be the last) example of legal mechanisms that allow for the forgiveness or forced forgetting of the past or the rehabilitation of the individual: tort liability, the expungement of criminal records, pardon power, financial restoration in bankruptcy-related laws, or issues relating to access and the practice of anonymization of judicial decisions, constitute the first legal sprouts of a right to be forgotten (albeit not online) so as to avoid a permanent stigma, the inability of social rehabilitation or the interference of the free development of the personality.

SECOND. How do we envision the right to be forgotten and how does it connect with, and relate to, the European data protection and fundamental rights framework?

The right to be forgotten is proposed as the right to control personal information by protecting the inviolability of the past and the perception that others have of it, given the

automatic profiling, compilation and decontextualized presentation that NICTs generate and make universally-accessible in the online world; such right is exercised by a personal data erasure request or a link takedown request, depending on the circumstances and reasons behind the initial data processing. It is a mechanism to protect free personal development against the harmful resurrection that an instant click and a digital online memory produce. It functions, therefore, as a new guarantee of the fundamental right to data protection, and ultimately as a guarantee of human dignity in a new stage of digital transformation.

Some have claimed that this right traces its origins back to the right to privacy or the right to respect for private and family life or, in other words, that it derives from these. Although the power of legal action included in the content of other recognized personality-based rights (honor, image, reputation and so forth) has served as a justification for the legal positioning and nature of the right to be forgotten, this one is materialised in the EU as a right linked to the fundamental right to data protection, whereby the deletion of information of the so-called data subject constitutes the essential nucleus and necessary condition for 'being forgotten'. Some authors have expressed that the right to be forgotten and the right to delete are interchangeable terms, or, at the very least, terms that are interwoven, while others have differentiated them according to their legal bases and scope. We too have told them apart in this dissertation.

But first, to be able to understand and delineate the constitutional configuration and legal understanding of the right to be forgotten, one must understand its connection with the fundamental right to data protection, which serves as the starting point in allowing for the exercise of personal data control.

Our digital world calls into question the principle that human dignity is the foundation and highest value of any democratic and constitutional order, guaranteeing the right of every person to freely define their identity and life plan. In the case of the fundamental right to data protection, as it is enshrined in the EU and Spanish legal orders, and as far as its materialization in the digital rights and legal guarantees that render it effective is concerned, we find self-fulfillment, personality and identity development as well as privacy as axiological and legal foundations. These rights, arranged under the umbrella of human dignity and freedom, require a certain power of control, a sort of informational self-determination and autonomy, especially in the context of information and digital technologies, which compromise and seriously undermine their effective exercise.

Although the initial realization of the right to data protection was first evidenced in Europe in the 1970s, it was not until the adoption of the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980) and, given the lack of their binding nature, the adoption of the European Convention 108 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (1981), that significant legal protection schemes were constructed. One decade earlier, we had seen the adoption of two different regulatory frameworks—through *ad hoc* legislation (as was the case in Germany, Sweden, France, Norway, Luxembourg and Denmark) and through constitutional provisions (such as the Austrian, Portuguese and Spanish cases) relating to automatic personal data-processing.

The reason behind the need for a convention on data protection beyond national borders was due to the lack of territorial boundaries of information flows, and also to the fact that most national legal orders in Europe had vast regulatory disparities. These inconsistencies were hard to accept, given the shared common fundamental principles in relation to data protection and the common objectives and aspirations to unity and human rights protection within European integration. Hence, we see the first instance of *Europeanization* of Constitutional Law, extrapolating common national (at times constitutional) standards to a regional level. Convention 108 (as of 2018, Convention 108+, since it has been updated) is thus presented as a transcendental legal instrument for two main reasons: first, because it remains the only legally binding international instrument on data protection, and secondly, because it constitutes a key step in the development of substantive law, on the relationship between the processing of personal data and constitutionally protected concepts, such as the respect for private life *vis-à-vis* NICTs.

This international and regional state of play was, undoubtedly, the starting point for the recognition of the right to data protection at EU level. In the EU, the normative response has been to directly safeguard the right to data protection through both its primary and secondary law instruments, not only to preserve human dignity, but also all rights related to it, in the face of challenges regarding the paradigms of the new digital era. In the case of the former, Art. 16 TFEU includes a new general (legislative) competence to regulate data protection; this means establishing a specific legal basis, so as to adopt legislation aimed at guaranteeing and harmonizing individual rights in the field of data protection. Furthermore, the CFREU, which was given the same legal force

as the founding treaties after the Treaty of Lisbon, and acting as a true European Bill of Rights, not only guarantees respect for private and family life in Article 7, but enshrines a right to data protection, providing it, in Article 8, with its own separate provision.

On the one hand, it should be noted that the recognition of the fundamental right to data protection is included under the Title of the CFREU relating to the freedoms, rights and principles derived from the constitutional traditions and obligations common to the States. In this sense, this right is recognised with the highest possible legal status for a fundamental right, within the EU, as it is constitutionalised through its incorporation into a text that has been constitutionally-raised to the highest level of the EU legal order. Data protection transforms from being a harmonised matter in the context of the international market to receiving recognition of maximum democratic value: an EU fundamental right.

On the other hand, the subtle (but by no means irrelevant) distinction that the CFREU makes regarding the object of the right to data protection significantly broadens that of the right to privacy. The right to data protection, as an autonomous right, differs from the other privacy and personality-related rights, as these contain protections derived from a negative nature (the obligation not to carry out interferences and intrusions by third parties), while the right to data protection contains protections of a more positive nature by establishing a power of control over the processing of personal data.

The EU's material constitution not only expressly recognizes a right to the protection of personal data, but also refers to key data protection principles and establishes a non-jurisdictional guarantee of effectiveness: independent regulatory authorities. Despite having an indirect legal basis in EU primary law, a more direct and extensive regulation of a right to be forgotten is found in EU secondary law. Before we dive into the specific European and national right to be forgotten regime, a closer look at the data protection derivative regime is necessary.

Until 2016, the main European legal instrument on data protection was the Data Protection Directive, which was the first of its kind, in force even before the Lisbon Treaty, recognizing a fundamental right to data protection through the notion of privacy and personal data processing. Its provisions on digital rights, such as the right to object, cancel or rectify personal data, meant the first step towards the recognition of what would later be 'the right to be forgotten'. The General Data Protection Regulation (GDPR) repeals and replaces this Directive, establishing a European updated legal framework,

regarding the protection of privacy and the processing of data in this ever-changing digitalized world.

This new legal framework has led to a global, formal and substantial review of the European data protection system, since it was designed to regulate the reform through a regulation and not through a directive (allowing for a total degree of harmonization with a directly applicable and enforceable legal instrument). In a nutshell, it puts the focus, in a variety of ways, on the right to the protection of personal data, as a basic pillar of the guarantees and freedoms of a digitalized Europe. The GDPR provides a single set of rules and a higher standard of protection, directly applicable in all Member States, and it does so with a two-fold purpose: to achieve a uniform level of data protection, while balancing it with fundamental freedoms, such as the fifth, the most recent, European liberty: the free movement of personal data. In addition, we find the adoption of other EU norms regarding data protection: the Police Directive for data processing in the context of police and judicial matters, and the modernization of the institutional data protection regulation for the processing of personal data by the EU ‘public’ or ‘administrative’ apparatus.

Broadly speaking, this new framework provides greater perspective, reinforces already recognized rights, enshrines new rights (including a specific provision for the right to be forgotten), includes greater transparency, greater control over processing, minimization of data and access to data, and strengthens the protection of vulnerable groups, such as children and adolescents. For data controllers, it ensures greater active responsibility and accountability for data processing, introducing specific obligations with their own legal basis, such as data security. Furthermore, it strengthens the independence and powers of national data authorities, and creates cooperation mechanisms to ensure effective protection. All these facets of the data protection regime allow us to consider it as an integral and exhaustive normative guarantee in the EU, and the starting point of the right to be forgotten, given its positivization under the pretext of obtaining, from the controller, the deletion and certainty of non-disclosure of personal data that have been deemed irrelevant, unnecessary or outdated over time.

Through an overall examination of the data protection regime, we not only see examples of the *Europeanization* of Constitutional Law at EU level in data protection matters, based on national experiences and the need for their harmonization, but also the *constitutionalization* of the EU, creating a true system of attribution of rights, design and interpretation of which are consistent with a human rights-based approach. In this regard,

the fact that we speak of a “fundamental” right, as both European and Spanish legal instruments and case-law attest to, has been underscored. Given the framework under which this dissertation was written, a brief discussion of the Spanish case is in order: since 2018, we have a new Spanish Data Protection Act (updating the 1999 national law and with the objective of bringing our legislation in line with the new European standards). Right at the turn of the century, the Spanish Constitutional Court was one of the earliest to describe this right as “fundamental” –in judgments 11/1998 and 292/2000- thus creating the axiological and legal connection between Arts. 18.4 and 10.1 of the Spanish Constitution.

We must note that the fundamental right to data protection is, in both European and Spanish legal orders, the right of each person to decide what, when and how much is known about them in the digital world, and how such informational knowledge is used. It grants a power of access and control (through the information about oneself available to others), giving a much needed space to develop and freely decide over each facet of our online life. Such control nourishes a space for personal growth, while maintaining personal autonomy and dignity, now also reflected in the virtual space. To ensure its effectiveness, certain sub-powers and guarantees, such as being able to update personal information, delete it or oppose to its processing in questionable cases, must be part of the “positive” content of this new fundamental right to data protection.

Additionally, data protection principles, as the negative content of this fundamental right, allow for minimized interference through procedural safeguards on data processing. The principle of data accuracy highlights the need to erase personal information that is obsolete, distorted or no longer accurate; the principles of data minimization and purpose limitation stress the importance of processing only adequate and necessary information, for the sole purposes for which it was initially collected, leaving the room open for deleting information in cases where the data processing was illegitimate, because it would mean going beyond what was strictly necessary. Of course, the storage limitation principle also plays a significant role in ensuring the effectiveness of the right to data protection, as it establishes a sort of erasure by design and default, when data storing goes beyond a reasonable period of time and it is no longer necessary. Of course, we must also refer to consent, which we have considered to be part of both the positive content and negative content of the right to data protection: it is, obviously, the most powerful tool for the control of personal data. A tool that allows you to decide whether or not to accept

certain online privacy policies, whether or not to release personal information when registering or accepting cookies, and whether or not to withdraw such authorization, but it is also one of the essential preconditions or requirements for the lawfulness and legitimacy of data processing.

All in all, through both the positive and negative content of the fundamental right to data protection (individual action power and principles, respectively) we figure out where and how the right to be forgotten (or the right to erasure) comes into play. The birth of the so-called right to be forgotten, which, as we have seen, took a life of its own since 2014 in Europe, has generated a lively academic discussion regarding its scope and application. One of the biggest critiques in this respect is the threats to freedom of expression, right to information and transparency, through potential manipulations and censorship. However, as we emphasize throughout this dissertation, it is important to understand that the right to be forgotten is not meant to erase history or censor content, but to reduce, in certain cases, the organized chaos of the universal and instantaneous accessibility of information by making certain unnecessary, irrelevant or obsolete personal information more difficult to find by generalized name-based searches; this allows individuals to secure their personal liberty, to grow and develop freely and (re)construct their own selves, which is an ongoing life process that inevitably extends nowadays to the online world.

THIRD. What is the legal configuration of the right to be forgotten, how is it exercised and how do we balance it with other fundamental rights in the EU and Spain?

While it is true that the new data protection framework largely reflects previously established principles, one of the most relevant developments is precisely the specific realization and reinforcement of certain rights, which allows individuals to maintain close control over the existence and use of their personal data, including the explicit recognition of the “right to be forgotten”, after its jurisprudential creation by the CJEU. In the *Google Spain* case, the European court recognized that individuals have the right, and search engines the subsequent obligation, to have information and links relating to inadequate, inaccurate, irrelevant—or no longer relevant— personal data, deleted from the search results pages. This conclusion was arrived at under the premise that individuals should be

able to react against the universal and instant availability of their personal information online, and not to accept having their reputation, identity and dignity damaged, when there is no overriding public interest to know about their past, private life.

In the GDPR, Recitals 65 and 66 not only make an explicit reference to the purpose of the right to erasure, but also baptize it as the “right to be forgotten”. This right is recognized and is expressly regulated in Art. 17 by stating that “the data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her”. Same goes for the other data protection legal instruments in the EU: Art. 16.2 of the Police Directive and Art. 19 of the Institutional Data Protection Regulation recognize said right. At the Spanish level, we find a direct remission to the European provision in Arts. 15, 93 and 94 of the new Spanish Data Protection Act, as well as an interesting addition: the right to be forgotten of deceased persons exercised by their heirs. Despite its very attractive and even romantic name, it might be more accurate to speak of ‘erasing’ or ‘disassociating’ rather than ‘forgetting’. Every right implies a correlative obligation, and the obligation to forget seems quite unattainable, given the way NCITs operate: forgetting is commonly associated with individuals and their memory, and not necessarily with a tool that is designed to store information. As a matter of fact, the GDPR lends itself to confusion by indistinctively speaking of restriction, erasure or destruction, at times treating them as separate processing operations, and, at other times, establishing a difference, throughout its provisions, between the right to erasure, the right to be forgotten, and finally merging them as Article 17’s official title demonstrates. From a careful reading of the provisions of the norm, we observed that, in the explanatory part of the GDPR (i.e. in its recitals), there are allusions to a right to be forgotten as an extension of the right to erasure, when referring to the erasure of links, copies or online replications, while in the rest of the provisions two well differentiated rights seem to be suggested.

Against this confusing backdrop, and that of the current digital scenario, this PhD dissertation defines the right to be forgotten, as a general right to delete or limit the indiscriminate dissemination and accessibility of personal data, regardless of its legitimate original publication on the Web, when it is no longer relevant or lacks public interest, and harms data subject’s rights. It also suggests a two-fold classification: a right to be forgotten in terms of general personal data erasure (online) or destruction (in paper) and a right to be forgotten online. This proposal seems to be more in line with the new Spanish data protection framework, as the 2018 Spanish Data Protection Act

differentiates between a right to simple erasure, a right to be forgotten for internet searches, and a right to be forgotten for online digital services. The weight and influence of the *Google Spain* case in the normative positivization of this right is also apparent, given that the European legislator (and later its Spanish counterpart) dedicated a provision and titled it, just as the court called it in this landmark case, a right “to be forgotten”. More specifically, after analysing both the European and Spanish normative frameworks, we have classified the right to be forgotten into two sub-categories: a right to erasure *stricto sensu* and a right to digital re-contextualization (part of which is, in the search engine context, the well-known right to delist or de-index links).

The fact that there is an enhanced protection for users, through greater control over their own personal data, makes the new data protection framework an important step towards the reaffirmation that personal dignity and freedom must have specific guarantees in the digital age. This should be achieved through informational self-determination, allowing users to effectively face the potential damages of digital hypermnesia and its never-ending display of personal information through digital oblivion. An expansive reading of the GDPR, as the leading instrument in this new normative framework, shows that the right to be forgotten enshrined in Art. 17 empowers each individual to essentially decide on the degree of easiness or difficulty of accessing his or her personal data. Such power to request the erasure or de-indexing of personal data has been shaped to be a right to personal data erasure or to make data less accessible, when it is no longer necessary for the purpose for which it was collected or processed, consent has been withdrawn or the data subject objects to it, when it is unlawfully collected or processed, erasure is mandated by law, or in cases where it was processed in relation to online services offered to minors.

The express confirmation that inadequate, inaccurate, irrelevant or no longer relevant personal data may be asked to be deleted by search engines marks the official enshrinement of a right to be forgotten online. However, as with any other fundamental right, the right to be forgotten is not absolute, and the outcome of a balancing test may not yield the same results in all future cases. Contrary to popular belief, one cannot affirm that the right to be forgotten is an all-embracing trump, entailing blind forgetfulness and general erasure of information. The right to be forgotten, generally speaking as the deletion or inaccessibility of personal data, comes into direct competition with other equally important and protected rights, principles and interests (freedom of expression,

right to information, transparency, legal certainty, economic freedoms, etc.), making balancing tests and reasonable limitations, as per the proportionality principle, necessary. Indeed, the data protection framework establishes exceptions for the exercise of the right to be forgotten (namely, Art. 17.3 GDPR).

In this regard, limits to the exercise of this right to erasure are also legally established: deletion will not be allowed when the information is necessary to exercise freedom of expression and information, for the fulfilment of legally-mandated obligations, for the fulfilment of a mission carried out in the public interest, for reasons of public health, for public scientific, historical or statistical purposes, and for the exercise of certain claims. Some of these limits have already been clarified by the CJEU, including the public interest nature of the personal information, the right to certain information and missions carried out in the public interest, as illustrated by the *Google Spain* and *Manni* cases.

It should be noted that, in the *Google Spain* case, though it concluded that the economic interest in processing operations that search engines carry out as part of their business models, or the right to know of the general public about irrelevant information on individuals who are not public figures, cannot justify or prevail over the interference of the exercise of the fundamental right to data protection, journalistic exceptions and the public interest of the personal information must always be factors that must be taken into consideration. In the *Manni* case, for example, the CJEU adds another exception to the list. It emphasized that, when data processing is done by a public body to comply with legally-mandated obligations, or to achieve a specific public interest is concerned, exceptions to the right to be forgotten could be legitimate. With this in mind, the CJEU carries out a thorough analysis to decide whether an obligation to have personal data deleted over time in the particular context of company registers exists, initially highlighting that it will depend on the initial purpose of the registration. Finally, after its analysis on legal certainty, the right to know of third parties entering business relations, the CJEU rejected, as a general rule, the possibility of extending the right to be forgotten to its processing by company public registers. Nevertheless, the CJEU does hint that the exercise of such a right cannot be completely ruled out, as there may be specific situations in which the overriding and legitimate reasons relating to specific personal situations exceptionally justify that access to personal data entered in the register is limited, upon expiry of a sufficiently long period of time.

Though we will come back to the notion of “particular personal situation” when outlining a right to be forgotten for vulnerable persons, the *GC and others* case provides very interesting interpretative trails, as it relates to the importance of the sensitive nature of the information, and its relevance within the general overriding public knowledge scheme. This becomes especially important as it deals, among other things, with the limits to freedom of expression and with the prohibition of processing special categories of personal data. In the case of the former, the CJEU reminds us that data protection rights can prevail over informational freedoms where the availability of the personal information in question seriously harms fundamental rights; it also reminds us that a fair balance is struck in only deleting the links to information as they show up in search engine page results (and not in the original source of the information, still available on the web), and that just consent withdrawal is a legitimate ground for asking for such de-indexing to occur; all of which rings especially true when there is no significant overriding interest in making said personal information decontextualized and overly-accessible, due to the particular nature and functioning of search engine algorithms. In the case of the latter, it reminds us of the general prohibition of processing especially-sensitive personal data, typically linked to particular vulnerable and/or potentially minority groups.

Another important and controversial aspect of the right to be forgotten has been the extra-territorial scope of its application. The extraterritoriality of the EU data protection regime was another remarkable improvement of the GDPR: Art. 3 introduced new rules whereby companies, regardless of their location and nationality, carrying out business activities (in the broad sense of the term) in the EU with access to EU citizens’ personal data would have to abide by EU data protection rules. The *Google LLC* somewhat ended the debate of whether right to be forgotten requests could be enforced outside of the Member State of the data subject’s country-specific domain. Although the CJEU did not recognize, in the particular case at hand, a global enforcement of the right to be forgotten, it did interpret the right to be forgotten in a favourable light, recognizing both a domain-level enforcement (within the confines of the Member State’s top-level domains) and a location-specific enforcement (within the confines of the EU). It is also worth mentioning that the CJEU did not shut down the door completely to potential global erasure requests, indicating that current EU law neither requires nor prohibits the removal of links in the entirety of the top-level (national) domains of a given search engine, and therefore it will be for each independent data protection authority to determine the most appropriate

weighing to be given to the circumstances and risks inherent, on a case-by-case basis, and, for data controllers to take the necessary legal measures to prevent or make it more difficult to effectively find links to personal information, when such a request is made.

This particular interpretation was made under two pretences. Firstly, in order to ensure the effectiveness of the new GDPR, which is directly applicable and aims at providing a uniform and high level of protection within the Union, provided that there is no significant public interest in accessing such information in another Member State. And, secondly, in order to ensure the effective exercise of the right to be forgotten, alluded to its function as a means to an end: dissociating information and de-indexing links containing personal data that can be found by a simple name-search basis, an individual's personal and professional development, reputation, identity and, ultimately, dignity, are seriously hindered in the face of massive dissemination, instant and unrestricted availability of personal information, in an universal and decontextualized digital space. We provide, on the basis of International Law and principles, one possibility for exercising a right to be forgotten, beyond the confines of the EU.

As stated above, the fundamental right to data protection, as well as its guarantee in the right to be forgotten, obviously interact with other legally-protected rights and interests. The convenience and existence of this mechanism of informational self-determination and *iusfundamental* empowerment in the techno-digital era is juxtaposed to the fear that a forced oblivion undermines informational freedoms, which are, objectively, an essential safeguard of a democratic society and, subjectively, a guarantee of individual liberty.

From the infamous constitutional premise that no right is absolute, when it comes to the interference of other's fundamental rights, it is always necessary to carry out a balancing test. The CJEU, as the supreme interpreter of EU rights within such supranational level, has faced the necessary but difficult conciliation between the aforementioned conflicting rights. The limits of the right to be forgotten refer precisely to that balance, since the European data protection framework confines the exercise of such a right to the effective exercise of freedom of expression and information, and vice versa (as Arts. 17 and 85 GDPR attest to). It is precisely in the search for a balance between these relative and permanently-clashing rights where we have focused our analysis. Up until now, given the embryonic state in which the configuration of the right to be forgotten still lies, there is not enough case-law to clarify how such weighing of

rights would occur. However, given the synergies with the other personality rights and their legal guarantees, we examined its corresponding European case-law, and came to a series of conclusions *apropos* the principle of analogy.

In the case of freedom of expression, the CJEU has, in recent years, changed its interpretative criteria, in the balancing of this right against personality rights, within the context of the World Wide Web. First, it seems to only recognize original sources of information, free speech exemptions and protections, generally leaving out search engines as classifiers and not editors of information. Secondly, it has exercised an unprecedented preference for data protection rights over informational freedoms by devaluing the latter as ‘interests’ and the former as ‘rights’. Thirdly, in doubtful cases, it considers the serious harm that the availability of such personal data will produce, given the sensitive nature of the information and the particular situation of the data subject and the lack of public nature of the data subject, as relevant factors for the triumph of the right to be forgotten over informational freedoms. In the case of the right of access to information, extrapolating the case-law as it relates to personal information under control of a public data controller to private data controllers, we come to the conclusion that the requirement of a justified need, with an express and legitimate aim, for the disclosure of personal information, and the subsequent proof of actual and certain risks or harms, could also be used in right to be forgotten balancing tests.

There is sufficient normative and case-law support to conclude that the *favor libertatis* or *pro personae* principle has been systematically applied in favour of the right to be forgotten and its underlying axiological values, establishing, albeit timidly at the beginning, that this data protection guarantee is not absolute, but that it will take precedence over information interests, as long as there is no justified overriding reason in accessing such information through a generic name search. Consideration must be given to the unbalanced power relationship between the Web, the almighty informational freedoms, and the existence of a certain level of gravity and prejudice to the real enjoyment of fundamental rights, linked to the right to be forgotten, which undermines personal integrity.

All in all, we have praised the CJEU’s new theory, which we have summarized as “lesser compelling public interest, greater right to be forgotten control”. We also believe the right to be forgotten, at least in terms of the right to re-contextualization (de-indexing), is an essential guarantee for both of the abovementioned rights, as it does not delete the

original source of the information (whether journalistic or not) and pursues a more valid, updated and exact representation of the personal data (and therefore the data subject) as it stands in present-day searches, reinforcing good journalism and the availability of the most current and relevant information.

At the Spanish level, the praetorian work of the Spanish Data Protection Authority and the Spanish Ombudsperson are worth highlighting, since they are the most important, independent administrative institutions in charge of ensuring data protection rules. The former has played a decisive role in the recognition of a right to be forgotten, speaking of reinforced and new digital rights in the context of search engines since 2007, issuing pro-right to be forgotten proposals, concerning the limitation on accessibility and availability of information online, when information becomes unnecessary or irrelevant, and being the national authority that started proceedings, which culminated in the well-known European preliminary ruling. The latter has always advocated, within a more public context, for a conditioned and reasonable balance between transparency and access to information on the one hand, and data protection rights and principles on the other. About the right to be forgotten, the Ombudsperson has highlighted the need to avoid discriminatory situations when it comes to third parties' access to particularly sensitive data. This justifies the need to show a specified public or general interest, in order to have access to such personal information, and, subsequently, it warrants the possibility of data subjects' control over such information, when it does not meet the public interest criterion, allowing the use of the right to rectification, erasure, and data limitation, among others.

As regards Spanish jurisdictional guarantees, the National High Court and Provincial Courts have mostly taken a pro-right to be forgotten stance, although there are exceptions where, after a balancing test, it tipped the scales towards right to access information or freedom of expression. For a successful exercise of a right to be forgotten, one of the current judicial criteria is the success in explaining the specific personal and particular situation of the person concerned, which justifies a digital disassociation against the universal availability of such personal information; within the balancing test of these conflicting rights, it has also put an emphasis on reaching a fair balance, when the original source is unmodified and where there is a lack of necessity or obsolescence in the continued processing of such information so as to not hamper informational freedoms.

The Spanish Supreme Court has also put special emphasis on length of time taken and the natural consequence of hyper-accessibility for fundamental rights: this enables the construction of a complete digital profile, with distorting and stigmatizing effects, which, in turn, becomes the key premise for the exercise of the right to be forgotten online. Nevertheless, we have strongly criticized its differentiating treatment of generalized search engines and specific digital archive ones, as well as the conflicting doctrines of its Civil and Administrative Chambers. On our part, we have suggested, as a solution to unify them, our abovementioned right-to-be-forgotten typology, opting for a rights-based hermeneutic parameter in case of doubts. A good example of this is our Constitutional Court's judgment of June 4th, 2018, whereby it used the updated European and Spanish legislation and case-law as the legal basis, and made it quite clear that the right to information cannot imply rendering the fundamental right to data protection nugatory, through the use of the right to be forgotten.

Finally, the Spanish Constitutional Court, within its own internal functioning and interpretative balancing test, has recognized the need for limited or disassociated accessibility of personal data, ostensibly in personal data anonymization within its own decisions, especially when it relates to vulnerable persons; we also owe the Constitutional Court for the official recognition of the right to be forgotten in 2018, opening up to European parameters (both at EU and CoE level). As it relates to the conflicts of its exercise with other fundamental rights, it has also emphasized the time elapsed, the disproportionate impact of universal and instantaneous availability of the personal information, its nature and that of the concerned person; it has called into question the prevalence of informational freedoms when we are not dealing with a publicly-relevant person, recent newsworthy information, or when said information is still available through other search parameters that are not name-based.

Both the CJEU and the Spanish Constitutional Court continue to fight for and show their current pro-data protection (and pro-right to be forgotten) stance. It seems obvious that, given the current and future digital transformation, digital fundamental rights operate at a different level, making the balancing of informational freedoms subject to new criteria and limits, based on necessary safeguards for the inherent rights of dignity and free personal development in the hyper-information age.

We observe that part of the substantive content of the right to data protection has been granted the fundamental nature it deserves through the enshrinement and protection of

the right to be forgotten. Despite the fact that the CJEU is not considered to be, as is the Spanish Constitutional Court, a special human rights tribunal, the role it has been playing in the current European arena as the guardian of emerging fundamental rights is undeniable. In view of the fundamental rights-based approach and the existence of a subjective right to be forgotten pursued in this PhD dissertation, it is important to mention that the content of recent national and European case-law underline that, in the light of both Spanish and European Constitutional Law, and in the light of the *telos* of data protection legislation, an individual has the right to request that information concerning him or her, stemming from a list of results from a search engine, is not included from it or have its accessibility reduced.

We highlight, once again, that, on the one hand, the right to be forgotten does not erase information from the original source, but makes it impossible or at least a little more difficult to access through generic name-based searches; the core of informational freedoms remains intact. On the other hand, we must also highlight that the right to be forgotten does not affect information of public interest (this being an express limit to its exercise), but information of a personal nature (in particular, that which is especially sensitive) which may be misleading or has become irrelevant or excessive (given its digital decontextualization), thus narrowing down the scope of possible application.

Additionally, we call for the application of international standards of human rights protection through the interpretation of the right to be forgotten on the basis of the *pro homine* principle, insofar as it provides hermeneutic protection in accordance with human dignity; we also call for an interpretation in the light of such *favor libertatis* principle, given the dire consequences for the most fundamental personality rights of the data subject and so as to not apply restrictive interpretations, when dealing with data protection rights.

FOURTH. Is the recognition and exercise of a right to be forgotten possible in the American common law system?

The European data protection framework is an integrative one, as opposed to the sectoral and legally-fragmented regimes of other legal systems, the US being the most emblematic example.

The legal comparison component, as it relates to the US legal system, is not only of great relevance but, to some extent, necessary, given the extraterritorial effects of the Web, the fact that most risks for European privacy and data protection have their origin in US companies with European subsidiaries, and also because data protection does not enjoy specific constitutional protection in the US legal system. For that very reason, European digital commerce, driven by American multinational corporations, but based on pro-privacy policies, is seen as a digital market that must deal with two conflicting values and with the privacy-economy dichotomy on the collection, storage and international exchange of personal information. To this we must add the phenomenon of the *internationalization* of EU law in data protection matters, not only inspiring legislative and judicial techniques around the world, but also impacting third countries' traditional stance on privacy, by requiring strict data protection compliance to those who operate or offer their services on European territory or target European citizens. In short, given the extraterritoriality of the European data protection framework, and a potential need for global enforcement of right to be forgotten decisions, this dissertation has focused on the normative and judicial notion of US privacy; it has also examined the inherent problems in accepting a right to be forgotten in the US, and has proposed the most promising cases for its recognition and effectiveness.

As regards the first aspect of our analysis, privacy is still a highly contested legal concept in the United States, given the different understandings of its meaning and scope, and the controversy relating to its status as an un-enumerated constitutional right. The clear lack of a universally-accepted definition of privacy and the patchwork of legal frameworks on which this concept is built upon in the US adds to the difficulties in reaching a comprehensive definition, and, as we will see, triggers greater difficulty in future acceptances of particular digital rights that are intrinsically related to it. This conundrum stems from a number of reasons, apart from the fact that the notion of privacy has proven to be context-specific, acquiring very different meanings depending on the information collected or processed, on the parties involved and on socio-cultural perspectives. Firstly, the fact that privacy as such is not expressly enshrined in the US Constitution nor in any of its Amendments, has meant that its legal justification has been extracted from a number of principles and values, and is essentially a jurisprudential creation, as a right that stems directly from (or in the "penumbra" of) other constitutional provisions. What one takes from the core of privacy cases, namely those dealing with the

freedom to make decisions relating to personal or private issues at the Supreme Court level, is its focus on limiting state interference.

Secondly, the constitutional text neither extends its protection to horizontal relations nor, by virtue of the negative side of its constitutionalism, does it assign positive duties to the State, just imposing restrictions on State action. Furthermore, the Supreme Court's categorization of privacy facilitated a privacy ranking in favour of bodily autonomy to the detriment of informational autonomy. Thirdly, informational self-determination, seems to conflict with the archetypal American right of free speech, a right that is expressly recognized and protected in the U.S. Magna Carta; it is, after all, its First Amendment and, as a distinctive feature of the American constitutional identity, is at the head of its Bill of Rights. This has meant that its prevalence over privacy has been a virtually-automatic, favourable interpretation by courts, defending an exceptionally-strong freedom of expression and opting for an unrestricted availability of information and ideas over individual's privacy harms. Current public opinion confirms the deeply-rooted and essential value of freedom of speech in the United States, making it too one of the cornerstones of the American tradition. Indeed, despite there being a strict scrutiny test in governmental restrictions to free speech, as it relates to a person's right to be left alone, as soon as privacy issues affect free speech rights, the governmental restriction extends to private actors, so as to guarantee its effective protection.

In addition to the purely-legal or constitutional impediments to privacy protection, one must add strong political and economic components. Most powerful tech giants originate in the United States and their business models are based on digital innovation and technological progress at the expense of privacy. This is clearly reflected in their fierce lobbying campaigns against strong privacy legislation. The above explains, at least in part, why there is no single comprehensive federal law on the right to privacy, but a patchwork system of federal and state laws, institutions, and torts that protect privacy, though only in certain sectors and under specific situations.

As regards the second aspect of our analysis, the first sprouts of a right to be forgotten (albeit not online) in the United States are found in both federal and state laws, as well as in U.S. case-law in various different fields, under the premises of forgiveness and rehabilitation; both, in terms of financial restoration in bankruptcy policies, pardon powers and criminal records expungement practices, whether by prohibiting employment or financial discrimination based on information that is 10 years or older, or by demanding

the erasure or unavailability of information relating to past criminal actions, so as to ensure the past does not become a permanent stigma and disability, allowing for a path to rehabilitation or restoration of the self. Consequently, *Melvin v. Reid* becomes a legal precedent in relation to a right to be forgotten, whereby unlimited accessibility to her name was unjustified and inhibited her inalienable right to pursue and obtain safety and happiness (liberty and dignity), and was an actionable invasion of the right to privacy, when there was no longer a quelling public interest. There is also growing consensus on a property-based right to be forgotten, as the intellectual property and copyright legislation suggests, with takedown notices for content that does not belong to the person using and distributing it; in other words, the data subjects as owners of their own personal information, decide what can be shared and used by third parties and what becomes universally available. The stance in this dissertation has not been in favour of this property-based notion, due to the inherent problems posed for the control of the limited alienability of personal information in a borderless and unrestrained space such as the Web.

As it relates to the strong reluctance to accepting the European version of the right to be forgotten, we have highlighted our initial difficulty in understanding their reasons for rejection, offering a few thoughts on the basis of a theory of reinvention of the American dream. However, after carefully studying the subject, some perspicuous reasons for the American rejection or reluctance to incorporate a right to be forgotten have been observed. To begin with, we have identified a substantial disagreement with the name chosen and with its standard definition, and we have identified concerns over hindering free speech and economic liberalism in the digital space (free digital markets without external interference). As it relates to the latter, it is important to underline that the American notion of informational privacy is only protected under a marketplace lens; therefore, individuals can only rely on data protections as consumers (and not as general data subjects). Unlike the European rights-based approach, American consumer-based data protection, seeks to reconcile techno-economic innovation and consumer protection from potential detrimental market interferences (under the so-called fair information practices regime). Owing to a certain consensus, the protection of personal data (although mainly in the context of civil-commercial practice in the digital environment) has been endorsed by a self-regulatory regime, articulated in accordance with the guidelines of the Federal Trade Commission, which is the closest institution to European data protection

regulatory authorities, albeit generally opting for a bottom-up rather than a top-down approach. In the past few years, the FTC has consistently sought to highlight the potential harm of improperly and unnecessarily collecting and retaining personal information, in some cases even requesting that companies delete or refrain from further processing certain personal information, whether or not the regulations under review were specific to minors as a vulnerable group.

As it relates to what we have called ‘the hegemony of informational freedoms’, First Amendment defences and censorship concerns have tended to deter the American legislator and, especially, given the legal precedent culture of common law systems, the American judge, to rule in favour of privacy or data protection rights. Despite the classical, prioritized free speech cases, whereby the truthfulness of the information is key in the rejection of privacy claims, there are remnants that allow for a future hermeneutic shift, as it relates to dignity and reputation harms for non-public personas.

There is also something to be said about the nature of the information and recent classification of “speech”, on the basis of its newsworthiness, public interest or lack thereof, as potential classifications that could help reverse the current free speech absolutism in the US. In view of the supremacy of the First Amendment over the confidentiality of certain information, it is convenient to find, within the legal apparatus of American common law, other mechanisms and guarantees for the safeguard of these legally protected interests, inherent to human dignity, even if they are not called ‘informational self-determination’ or ‘right to be forgotten’ *per se*. This is the case of civil liability privacy claims. After careful analysis of the privacy invasion torts case-law (specifically ‘public disclosure of private facts’ and the ‘false light’ torts) there was initially a small light at the end of the interpretative tunnel, under “urgent” and “overriding” privacy priority concerns versus hot news of undoubted public interest, especially strong when the information was previously not part of public record or knowledge. In this regard, we find many similarities and parallelisms with right to be forgotten arguments (especially the established case-law in the CJEU *Google Spain* and *Manni* cases) in the *Dun y Bradstreet v. Greenmoss Builders* and *Golan v. Holder* Supreme Court cases, whereby gradations of public interest were established and a blanket-protection to the right to know was rejected.

Nevertheless, in its most recent federal and state jurisprudence, at least in the context of criminal law matters, such as in *Martin v. Hearst Corp* or *Sorrell v. IMS Health Inc*,

the erasure of links containing obsolete information was blindly excluded under free speech concerns (whether newspaper-based or search-engine based), protecting a new facet of freedom of expression: *Internet speech*. We have firmly opposed this new category, because search engines and other information-retrieving systems available on the Web are mere instruments for information searches, not editing or being originally in control of the content; we have also rejected the notion of search-engine speech. We have found it difficult to support the conferral of a human right such as the freedom of expression to an algorithm or a virtual machine, insofar as this is a right inherent to the natural person, perhaps with certain collective rights, even to a legal person, but never to a machine itself.

As regards the third aspect of our analysis, we consider there is still room for the recognition of a right to be forgotten recognition, albeit a limited one. In this regard, *Zhang v. Baidu.com Inc.* is a case in point, which deals precisely with the non-neutral aspects of internet and search engine algorithms, and with the paradoxical outcomes that extreme free speech arguments have against free speech itself. Let us remember that, in this New York case, one of China's largest search engines was sued for blocking articles and other information regarding the democratic movement in China from its search results in the U.S. domain-level. The judge concluded that the search engine algorithm, which removes certain search results, was in essence an editorial judgment about which political ideas to promote and which to not make available to the larger public. The fact that the judge finally ruled that Baidu had a First Amendment right to distort and discriminate search results for political reasons shows the serious hindrance that absolutist free speech arguments have on freedom of expression and democracy. Although the ruling was not to our liking, the social criticism that it generated shows the importance of allowing for individual control over the distorted personal image online, and not just reserving it for the occasions when Big Tech and Governments want to make use of it.

Moreover, to these problems we must add issues relating to competent jurisdiction and applicable law in the enforcement of foreign judicial decisions, given that this possibility is quite limited, and as soon as free speech is under attack, a strict constitutional review is made to protect it at all costs. The *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme* would have been an ideal case to resolve these data protection concerns, but the competent court declined to analyse the then-equivalent of the right to be forgotten implications to freedom of expression.

Nevertheless, in an era of security breaches, fake news and *Cambridge Analytica*-type scandals, public opinion is changing on the need for a more curated Web. There are modest legislative and judicial attempts at recognizing a right to be forgotten, not only based on self-censorship and chilling free speech concerns, but also on bigger individual control over information, given the privacy power imbalance with government and private companies. Bringing up the California Consumer Privacy Act is in order, since it expressly recognizes a right to request the deletion of personal information, and the subsequent obligation of the data controllers to inform about this right, to delete the requested information, and to address third parties who are processing such information, in order to inform them about the relevant deletion. In this case, surprisingly similar conditions and exceptions to those of the EU normative framework must be acknowledged. Similarly, New York also has a right to be forgotten positivization on its way, with State of New York Assembly Bill A05323, focused from a Civil Law perspective. Also worth noting is a slow change in perspective as it relates the ‘absolutism’ of the First Amendment in the *Dahlstrom v. Sun-Times Media*, *Hartzell v. Cummings* and *Bloomgarden v. DOJ* cases, which indirectly allude to a potential right to be forgotten. The criteria in the cases above are based on the need to protect personal integrity and security, time lapse arguments and the public relevance of personal information.

In this dissertation, we have recognized the legal potential of an American right to be forgotten in three groups of particularly promising cases: where obsolete personal information already enjoys legal protection, because it is considered objectively sensitive and has a specific and limited legitimate purpose (such as financial or health-related data); where the obsolete personal information has been provided directly by the data subject (by addressing issues of withdrawal of consent), and where the disclosure of the obsolete personal information harms the dignity, integrity or free development of vulnerable groups. On this latter category, we have focused on the recognition of a digital reinvention in the case of minors, trans people and victims of abusive behaviour on the Net.

In the case of minors, even though the right (and obligation) of erasure existed in both federal and state legislation, it was limited to *ex post* cases of lack of parental consent. This was one of the main reasons the new *Do Not Track Kids Act* contemplates a version of the right to be forgotten for minors, given their lack of knowledge and maturity concerning risks associated with privacy in the context of the online services they use.

California has extended this special protection to California minors by recognizing an explicit right to be forgotten in the amendment of its Commercial Code, allowing them to erase their digital footprint upon turning 18, so as to not have their past (at the time often reckless) digital actions determine their academic and professional futures.

In the case of trans persons, the right to privacy and the right to be forgotten are closer to decisional privacy, identity and personal development rights. Following to the U.S. Anti-discrimination framework for LGBTIQ+ persons, and the rulings in privacy invasion tort cases such as *Diaz v. Oakland Tribune*, we find how the lack of newsworthiness of very personal and sensitive information (as is a gender reassignment surgery or an old name prior to transitioning) and the emotional and psychological damage of reliving a past life, are enough to side with privacy rights over the right to disseminate such information. Similarly, in *Haynes v. Alfred A. Knopf Inc*, we find how the truthfulness and accuracy of the information is not a winning argument in cases where profoundly private information is revealed, and how the original source of the information remains untouched, while further disclosure and accessibility might be deemed, if not illegal, at least unreasonable. We consider that a right, if not to control which personal information is kept completely secret, at least to be able to control its flow and visibility is imperative in the United States. The right to be forgotten, enshrined in the legal basis of the respect for human dignity, the free development of personality and informational self-determination, would protect this particularly vulnerable group of trans people that asks for acceptance of current identities and not of those of the past. A digital right to be forgotten, stemming from the established case law on disclosure of private facts, placement in/under false light, and emotional distress claims, would contribute to a true and complete personal self-empowerment and self-fulfilment.

Finally, a right to be forgotten, as both erasure and (or at least) de-indexing, could be accepted in the United States, in cases of revenge porn or non-consensual pornography. This would include the dissemination, without prior consent, of particularly intimate images or messages, usually of a sexual nature, in order to embarrass or profit from a person (disproportionately affecting women and girls). The victim of revenge porn can currently request the dissociating of their name to links with the offensive images, on the search engine results page. However, they currently do not have a remedy to remove content of the original web page. An European right to be forgotten becomes a more effective remedy for de-contextualization and erasure in cases where certain online

content violates privacy, moral integrity and dignity, therefore reducing the chances of friends, family, colleagues or future employers encountering these images.

FIFTH. Why is there a need to study vulnerability in the digital era and how does the EU's right to be forgotten effectively protect especially vulnerable groups?

Despite the fact that vulnerability is universal—exposure to harm is inherent to human existence—in the current digital era, it has a much more prominent and negative impact on certain individuals, or groups of individuals. Vulnerability can be layered and aggravated by a combination of factors or experiences, whereby some can experience greater harms and/or unequal enjoyment (or be more deprived) of certain rights. There are particular situations where a person (either due to subjective or circumstantial reasons) will unfortunately be exposed to greater risk of harm and/or have less capacity to face or defend against it. Regardless of the discipline and perspective chosen, vulnerability links human experience and context, and is conditioned by both intrinsic and extrinsic factors.

Vulnerability is indeed descriptive, being ascribed to a number of factors, because they render, or are likely to render, certain persons susceptible to violations of human rights to a greater extent than other individuals (children and disabled persons are straightforward examples). However, it can also be normative, being ascribed to certain groups of persons who are exposed to or at risk of suffering violations of human rights to a greater extent than other persons in comparable situations (women, sexual, racial or religious minority groups and immigrants can be underlined). In this PhD dissertation, we have focused on vulnerable persons, that is, those who have found themselves, for different reasons, in an overwhelming situation; this situation may arise as a consequence of a disproportionate exposure to a risk and as a result of the inability of a person to overcome said risk, due to an inherent or systemic disadvantage, deprivation or impairment, be it of physical, economic, political or, as the case may be, social and/or digital nature.

We have focused on children, as inherently vulnerable in the current digital paradigm, given their inability to foresee or respond well to online risks; we have also turned our attention to *transgender persons*, who are vulnerable to social exclusion, given their inability to fully deconstruct and reconstruct their identity online and, lastly, we have looked into victims of cyberviolence as circumstantially vulnerable; in the case of the latter, this research has focused on victims of terrorism, in the context of the

democratization of journalism, the case of cyberbullying victims, and specifically the case of women as victims of sexualized gender cyberviolence. Our choice should not be interpreted as a closed, exclusive or exclusionary choice. We are not advocating any kind of hierarchy of protection, since everyone has the right to the same dignity, and all data subjects enjoy a series of guarantees for the control of their personal information, including the right to be forgotten. Nevertheless, for the sake of consistency and length limits, we chose the same vulnerable groups of our legal comparison analysis.

Although the notion of vulnerability transcends the notion of minority groups, international human rights discourse and international normative responses to protect vulnerability tend to focus on this restricted notion. Within the EU, the notion of vulnerability is approached through the protective grounds recognized in the framework of European Anti-Discrimination Law. However, although we have used the terms without it being clear what the distinction between these terms is, we have preferred to consider ‘vulnerable persons’ or ‘vulnerable groups’ in the sense of individuals sharing the same subjective or circumstantial characteristics in dire need of prioritized and specialized protection, so as to redefine or extend the mechanisms for the effective (and not just legal) defence of their rights and dignity.

We have rejected the generational classification of rights, advocating for their universality, indivisibility and interdependence, stemming from human dignity as a natural law reference, so as to avoid that historical classifications turn into axiological hierarchies, linked to a restrictive idea of fundamentality. Despite their interdependence, we have made clear distinctions between vulnerability, dignity and fundamental rights, and have placed them in the normative framework of the EU’s fundamental rights protection system, steered by the Charter of Fundamental Rights of the EU. We have supported that the emerging rights, such as the right to data protection and its materialization in the right to be forgotten, stem directly from human dignity as a value, a cornerstone principle and the basis of the EU constitutional order. The right to be forgotten becomes especially relevant, because it exists as a remedy for risks reflected as online harms. This is why the right to be forgotten has been analysed from a rights-based, rights-conferring and vulnerability-reducing perspective.

In this regard, all three notions can be seen as main themes and cornerstones of the focus of this work on the right to be forgotten, as a remedy for informational self-determination, as a digital instrument to compensate vulnerable situations and a reactive

mechanism to eliminate damages and reverse imposed situations of deprivation of freedom and control, or of defencelessness derived from certain characteristics or situations of vulnerability and the specific nature of the current socio-digital reality.

Regarding minors, their specific vulnerability is inherent to their still developing neuro-hormonal and psycho-social transformative processes, which explains why they are predisposed to risky behaviours. On the one hand, they make excessive use of NICTs as their medium of socialization, personality construction and content-consumption, often times revealing and sharing too much personal information; on the other hand, they tend to behave online driven, due to their stage of maturity and psychological development, by selfish or emotional reasons and with the aim of obtaining immediate stimuli and gratification, acting impulsively, without any consideration for future consequences of their online actions. Additionally, they are less equipped to deal with the negative impact of an all-encompassing and universally-reaching Web, which places them in vulnerable mental states.

As far as the need for the right to be forgotten is concerned, it is precisely the new socio-digital reality that forces a consideration of required erasure or limited availability for those who, despite perhaps being old enough to consent, might not be mature or informed enough to know all that it implies. The digital panopticon created by search engines, assisted by the digital memory of the Web, the rise of freedom of expression and the social pressure to share all thoughts and vital aspects has meant, for those still in the process of personal and psychological development, a real and unlimited risk of victimization, confirming privacy paradox premises, and requiring effective solutions. What has been advocated by many as the human right to anonymity on the Web, or at least a digital guarantee to live more peacefully within its confines, seems to need to be accompanied by mechanisms that aim at achieving the same result: to develop freely on the Web, without suffering hostile external scrutiny or lifelong mortgages in all facets of life. The right to be forgotten acts as the door to absolute freedom of opinion and expression; it is the starting point for guaranteeing the true exercise of all rights, leaving young people free to experiment and develop their own personalities, identities and ideologies on the Web, without worrying about the digital shadows that may haunt them from the past.

Specifically in the context of guaranteeing the right to forgetfulness, Recital 65 and Art. 17 of the GDPR, provide that, for minors, even if they have reached adulthood, they

can request the deletion of personal data, provided or collected when they were minors. All of the above is due to the new risk-based perspective introduced by the GDPR, which leads to considering the processing of the minor's personal data as a risky processing activity, requiring special consideration, and subject to special protection.

To the extent that young people, at increasingly younger ages, assume a more active role in the digital environment, they inevitably leave permanent traces beyond the limits of space and time; occasionally, they intentionally leave these traces when expressing themselves or when they participate in the public digital fora; on other occasions, they do so without being aware of the risks that this entails, and, in certain cases, their personal data is exposed by third parties without their consent, through practices that amount to the so-called cyber-bullying.

Emphasis must be placed in that the right to be forgotten has been reinforced in the data protection framework, and recognized in other related norms as the most effective guarantee for the free development of a personality that is still under construction in a vulnerable group, insofar as they are characterized by a low degree of maturity and lack of foresight. From the rights-based perspective pursued by this dissertation, we argue that the right to be forgotten is an indispensable legal mechanism for minors, as it allows them to explore and shape their identity and to express and develop themselves freely, without having to restrict their digital freedom or desire to express themselves, or having to succumb, decades later, to the negative consequences of their social and personal online experimentation.

As for trans persons, transgenders and transsexuals have historically been viewed not only as a sexual minority but also as a vulnerable group, since both tend to go hand in hand, given their greater exposure to social exclusion in heteronormative systems. The revelation or expression of their identity represents an important milestone in their lives, whereby they act, dress and are socially recognized by their self-defined internal identity through the external portrait they want to express. This transition generally means a reconstruction and self-appropriation of the past, and the aspiration of an imagined future based on one's own self-determination. This is only guaranteed when their present, authentic identity is freed from the shadows of their past one, which undoubtedly implies social acceptance (and therefore also legal recognition), lack of which only leads to social exclusion (whether it is based on transphobic behaviour or self-imposed censorship). This

vicious cycle of discrimination produces emotional distress and leads to self-destructing behaviour as coping mechanisms.

Such an intimate change and socio-digital construction also means having to look at their protection from a privacy and data protection perspective. Nowadays, we not only develop our identity and personality through NICTs, leaving decontextualized fingerprints wherever we go, but the personal information we disclose, directly or indirectly, with our online social behaviour, relation with public authorities, as well as the personal information others disclose about us in that process of social feedback, has become the key piece for the control and construction (and, therefore, for the lack of control and destruction) of the free development of one's own identity, in general, and gender identity, in particular. Since information provided or shared online is universally and automatically accessible, it is endlessly preserved in the collective memory of the Web, and is easily found by search engines. Regardless of its veracity or the time that has elapsed, this implies the impossibility of moving forward and away from past identities or manifestations of past personalities. It is precisely the question of obsolete information that most concerns trans people, since the vast majority not only want to leave behind a past life with which they no longer identify, but also want to be recognized for who they are and not for who they were.

In the larger scheme of things, from a teleological and favourable interpretation of EU Anti-Discrimination and Victim protection legislation, there are sufficient grounds to include gender identity as a protected ground, and a reason to activate positive actions and personalized solutions, so as to revert systemic or inherently discriminatory schemes and to avoid stigmatization and re-victimization on the grounds of gender identity. In the context of data protection, we include gender identity as one of the especially protected categories of personal data provided by Art. 9 GDPR, broadening the scope of health and sex-based information. We also consider the right to be forgotten to be essential for the control of their own identity management, in order to avoid the paradox of a reality that no longer exists, but continues to be present in their lives. Unlike minors, this forced forgetfulness is not as a guarantee of freedom from an immature or embarrassing past, but a guarantee for gender identity construction. Despite the existence of other digital remedies, this is, in our eyes, the only effective solution: the right to rectification of inaccurate information is limited by what information can be changed (name or gender markers in official documents) and requires, in most countries, fulfilling a series of

medical and time-based requirements that only transsexual (and not transgender) persons are able to comply with. In the era of social networks and search engines, it is necessary to be able to guarantee the lack of access or difficult accessibility to obsolete information that does not reflect the current self-presentation. On the one hand, they need a right to forget as a right to delete personal data from files or documents in which personal information appears with which they are no longer identified (gender / gender markers, first names, images, to name but a few). This can be discussed with great profit by focusing on the first three paragraphs of Art. 17 of the GDPR. Above all, they need a right to digital re-contextualisation, by which they can at least make particularly sensitive personal information about an obsolete past, which has become irrelevant, inaccessible (or as limited-access as possible).

With regard to victims of direct or indirect cyberviolence, the resurrection of obsolete information may have the most tragic of consequences: a digital (and real) post-traumatic stress disorder. We have adopted a broad understanding of victims of violence, in order to apply the right to be forgotten examination to more groups in analogous vulnerable situations. Traumatic events produce vulnerability, because they generate defencelessness and leave their victims with difficult and paralyzing emotional states. There is no doubt that violence, regardless of its nature, is a traumatic experience for those who suffer it and continue to remember it. Trauma itself has been defined as both that overwhelmingly negative experience and the reminders following that experience; both can affect and alter human neurobiology, and the triggers are usually external events or actions that recreate the traumatic associations originating from those overwhelming experiences. This emotional memory is aggravated in the digital context, exposing these people to more psychological harm by triggers linked to the traumatic event by a single click. Detachment through forced forgetfulness is sometimes the only mechanism for recovery.

We advocate for digital solidarity with victims who have to suffer an ongoing digital PTSD, due to the expansion of informational freedoms on the Web as it relates to socially-relevant events of a violent nature. The condition of 'victim' should be a transitory or passing state, and yet, the social and digital reality, based on unlimited and decontextualized access to all information published and shared online, perpetuates the trauma, curtails the free personal and social development and makes recovery impossible. Having studied the psychological benefits of memory suppression in the treatment of trauma, notable parallels are drawn with the right to be forgotten. Similarly, in the digital

context, which is characterized by keeping everything fresh and on the surface, forcing us to remember everything, such a guarantee is a necessary mechanism for trauma-disassociation, intended to make the rehabilitation task somewhat easier.

Victim's protection has always been an EU priority. Special emphasis has been placed on protecting victims against future victimisation and/or retaliation, as well as on the need to provide adequate support to facilitate their recovery via privacy and data protection guarantees, such as prohibitions or limitations on the disclosure of information concerning the victim's identity and whereabouts. Both the Police Directive and the GDPR place particular weight on establishing specific safeguards in relation to the processing of personal data of particularly vulnerable persons, including victims, and allowing for data erasure or data limitation in the context of police and judicial activities. However, as we have argued before, the problem inherent to the processing of personal data for this group, as for others, is not so much that which is carried out in the confines of police and judicial spaces, but rather that which takes place in the social-digital space. In the latter, people, whether natural or legal persons, share information and express their opinions on the Web about events of social interest, including traumatic or morbid events. The Web's perpetual memory, characterized by keeping everything available at the press of a button, prevents those who are the protagonists of the news from the tweet or viral photo (or their relatives in the event of death) from dissociating themselves from the traumatic experience in which they have been involved, and therefore makes recovery rather difficult.

For this reason, let us remember that the right to be forgotten seeks the same effect as the therapeutic treatment recommended for victims of violent or traumatic events: the suppression of memory or recall and the strengthening of individual control over personal information that is unnecessary or has become obsolete over time. This right to digital re-contextualization would be offered as a mechanism that allows for dissociating links and personal data, and therefore also for that indispensable de-linking with traumatic experiences. To the current criteria concerning the exercise of the right to be forgotten (the passage of time, the irrelevance of the information for public interest, etc.) we should add the best interest of the victims who have suffered the nefarious effects of violence and trauma, whether they are the primary surviving victims or his or her relatives. This is also our stance on cyberbullying victims, in general, and women as victims of sexualized digital violence, due to the specific PTSD they suffer, since that harmful content against

them is available to everyone, indefinitely, and the ‘viralisation’ phenomenon may extend to the furthest confines of the Web, making the victimization process and suffering continuous, unavoidable and impossible, while it prevents the removal of all the digital marks it leaves behind. Given their status as a victim, we focus the exercise on the right to be forgotten of cyberbullying victims in both the Police Directive (paragraphs 2 and 3 of art. 16) and art. 17.1(d) of the GDPR, as far as lack of consent and unlawfulness of the processing are concerned.

As it relates to women as victims of digital gender violence, we find they are a group that disproportionately suffers from online harassment (typically of a sexual nature), from the unauthorized disclosure or dissemination of recordings of their sexual assaults and/or non-consensual pornography practices. Although women victims of digital gender violence are not expressly mentioned as a vulnerable group in the EU data protection framework, combining the risk perspective, the cross-cutting gender perspective and the systematic interpretation of EU Law leads us to consider that the processing of data of this group enjoys special protection. Victims of gender violence, as part of the group in a particular vulnerable situation in the virtual environment are, therefore, beneficiaries of the protection that the guarantee of the right to be forgotten endows. In this context, it acts as a digital weapon of empowerment and resilience, in order to place them in conditions of effective equality, in a position to effectively recover from the trauma they have experienced and to avoid an eventual re-victimization.

A life free of aggression and intimidation (whether in person or at a distance) is not only a fundamental right of every person, but in the case of women who are affected by digital violence, this axiological maxim requires special guarantees that ensure their data protection, personal integrity and confidentiality. We study the specific configuration of the right to be forgotten in the context of publicity of judicial decisions and administrative proceedings, as well as in the particular situation of social media and search engines, opting for anonymization, a right to erasure, when there is no legitimate need to keeping said personal information, and the right to data limitation and to re-contextualization, when the original source is protected but there is a psychological need to dissociate from such painful information amidst the particular nature of NICTs and the Web.

In the case of victims of digitized sexual violence, we find a double legal rationale, since neither the sexual act, nor its recorded version, nor its dissemination were consensual. In the case of victims of revenge pornography, although personal data was

originally recorded and shared with their consent, its distribution to third parties or its universal disclosure on the Web was not. To this end, social networks provide for the removal of such content in their internal guidelines and social network rules. Facebook relies on reports of this type of content (flagged content) and simultaneously makes use of Artificial Intelligence systems and review teams for more effective identification and enforcement of its community standards, including erasure of such content. We consider this practice to be protective of the fundamental rights of the victims of digital gender violence and in line with a *pro laesus* principle, given the mental health of those who suffer from the publication and distribution of such harmful content, which happens to be otherwise irreversible.

Thus, we observe that the right to be forgotten, whether as a right to erasure (or withdrawal of harmful content) or as a right to de-contextualization, de-linking harmful content based on personal data, means giving the victim of sexual cyberviolence a power of control and some dignity back, that which was ransacked in the virtual world for perverse and unjustifiable reasons by their aggressors or others interested in giving an opinion on such an affront to human dignity. It would play an important role not only in restoring this vulnerable group's control over personal information (especially that of an intimate or sensitive nature), as a mechanism for social-digital empowerment, but also as a tool for alleviating the constant trauma of having an eternal and incessant digital trail on the Web as a mechanism to restore and recover emotionally, without having to take such drastic measures as changing one's real or username or disappearing from social networks and digital services altogether.

For all of the above mentioned victims, the right to be forgotten, whether exercised as the right to erasure or the right to digital re-contextualization, aims to restore the capacity to control one's personal information, in the face of digital abuses and situations which, by their very nature, are born unbalanced. It is an effective reaction mechanism to swing the balance in favour of those who unjustly suffer the negative consequences of NICTs' limitless possibilities, becoming not only a guarantee for informational self-determination, and self-empowerment, but also a guarantee for the recovery of the most frequent 21st century traumas.

SIXTH. What do EU judicial and monitoring bodies offer to vulnerable persons and their effective exercise of the right to be forgotten?

Normative control is part of the ordinary task of the judge, as a main agent in the study and interpretation of the Law, a key agent in charge of the administration of justice. Nevertheless, this is also the inherent task of other institutional agents at the service of citizens (even *prima facie*, since judges and courts play a subsidiary role). Rights are only as valuable and effective as they are endowed with operational guarantees. A legal system requires not only substantive rules but also institutions and processes that are compatible with the human rights and the principles that govern their interpretation and effectiveness. Consequently, in order for rights to be effective, there must be suitable mechanisms for their implementation. Along these lines, and having already studied the normative EU guarantees for the protection of vulnerable groups in the digital era, we also examined the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, as the main jurisdictional guarantee in the EU, and the work of the European Data Protection Supervisor and Committee, the Fundamental Rights Agency and the European Ombudsman, as non-judicial guarantees to improve the EU system of protection of fundamental rights, vulnerable persons and the right to be forgotten.

As it relates to the CJEU, the fundamental role it has played in the recognition and integration of fundamental rights as key elements in the European constitutional *acquis* and human rights *ius commune* remains unquestionable, if we recall its praetorian outlook and hermeneutic development: from the enshrinement of fundamental rights as general principles of EU law to the extensive and gradual interpretation of the rights recognized in the CFREU, as dogmatic elements of the European constitutional order. The inclusion of the CFREU, as part of the EU's primary law and the recognition of its binding force, as well as the role of the CJEU in its interpretation and application, have given greater visibility, recognition, and a greater degree of effectiveness and justiciability of fundamental rights within the EU, thus crafting a new constitutional dimension.

This transformation, in the context of the CJEU's judicial practice, is clearly showed in its rights-based and rights-conferring approach to EU Law interpretation. Despite not being a last resort constitutional guarantee or a supranational appeal body, it has certainly contributed to the *constitutionalization* of the EU and has become, *de facto*, a fundamental rights tribunal, as the main European jurisdictional body in charge of unifying standards of protection. In line with our constitutional approach, the CJEU has two constitutionally-

assigned mandates: a sort of constitutionality control with regards to the application of EU Law, and a kind of hermeneutic control with regards to its interpretation.

Without going into the same detail about the process of European integration, the particularities of the European judicial system from the perspective of constitutional pluralism and the multilevel system of rights, and the relevance of the European preliminary ruling question, we have highlighted that, given the absence of a specific procedural mechanism for fundamental rights recognised at European level, the constitutional integration of the EU has been achieved through the European reference for a preliminary ruling. This has allowed for a continuous, direct and institutionalised exchange between the two sets of supreme interpreters of fundamental rights in a framework of a fruitful judicial dialogue.

The substantive impact the CJEU's case-law has had on the development of the European human rights system seems evident; its cutting-edge jurisprudence of recent years on the principle of non-discrimination, consumer rights and data protection seem particularly striking. The influence of the CJEU on the interpretation, and thus on the development of the right to data protection, through its preliminary ruling procedure, has been equally astounding. It has offered practical solutions to the problems of exercising fundamental rights in the age of the Internet. One of the most interesting developments in the field of fundamental rights in the digital space has been forcing the establishment of the limits between two great (and sometimes opposing) fundamental rights: on the one hand, those relating to the fundamental axiological premises, based on human dignity and free personal development through the interpretation of privacy and data protection rights, and the openness to European and international standards relating to informational freedoms, on the other. Incidentally, this becomes quite significant when examining the right to be forgotten, given that this right was created and baptized by the CJEU.

Through its preliminary ruling procedures, the CJEU has interpreted the EU data protection framework, dealing with a wide variety of aspects: what constitutes, 'processing' or 'disclosure' of personal data; who is considered a data controller; what limitations and purposes are legitimate and lawful in processing operations; how to guarantee the independent nature of data protection authorities; what is, or is not, considered 'personal data or particularly sensitive personal data'; and, lastly, as it pertains to this PhD Dissertation, what rights do data subjects have, what limits are there for their exercise and how is the balancing test with other conflicting fundamental rights made.

Consolidated European jurisprudence has established that the EU data protection regime has a broad scope and is endowed with a wide margin of interpretation, conferring on the right to data protection a fundamental rights-based understanding. In addition, fundamental rights have been at the forefront of the CJEU's case-law: whether it used them as measuring rod for the lawfulness of EU Law or it favoured them over economic freedoms and interests. This becomes especially clear in the right to be forgotten jurisprudence.

Within the EU, vulnerability has gained momentum in recent years as a concept and as a factor when weighing new rights against classic interests and rights. While we find many normative references to the legal status of vulnerable persons or to vulnerability in the broader sense of the word, the EU legal order does not have a comprehensive or autonomous definition of vulnerability. Nevertheless, from the normative framework and its case-law history, a gradual process of the phenomenon of legal '*vulnerabilization*' and an expansion of the factors and circumstances that produce vulnerable situations can be observed.

Our position on vulnerability, in parallel with that of the CJEU's, has resulted from a combination of unfavourable treatment factors and the disproportionate exposure (or risk thereof) to serious interference with fundamental rights. The truth is that the CJEU does not go into detail, nor does it seek to offer a comprehensive or autonomous definition of what vulnerability means in EU Law, but rather uses this term, mainly in accordance with its normative references and, progressively, as a criterion to be taken into account in the identification and evaluation of risks to certain persons or groups. It acts as a tool for categorization, identification and evaluation in order to activate greater support mechanisms for the maintenance of the respect of human dignity, and to introduce new guarantees for the effective exercise of the fundamental rights of those that are most affected.

We cannot yet speak, within the EU, of a vulnerability doctrine, unlike other well-established jurisprudential doctrines, such as margin of appreciation, consistent interpretation and direct effect. Nevertheless, what the CJEU has done is to use factors or indicators of stigmatization, discrimination and systemic or disproportionate patterns of elevated risks, as a model for deciding who belongs to a 'vulnerable group', and what elements or sources produce vulnerable situations. On the one hand, it has deemed especially vulnerable those who are at risk of harm due to their specific psycho-biological

characteristics, focusing on factors such as maturity due to age, physical strength, intellectual capacity or socio-economic dependence. The reduction or absence of all of them produces a vulnerability or susceptibility to damage and/or the impossibility of reversing it. This is particularly evident in its jurisprudence concerning minors, both within and outside the context of data protection, linking the perspective of the specific risk of the minor and the need to configure especially protective measures for his or her physical and emotional integrity.

In the case of trans persons, vulnerability is linked to their necessary protection in the context of social and labour integration, as well as in matters of asylum, under gender identity as a protected ground against discriminatory measures or situations that endanger their life or health. Until recently, however, the jurisprudence of the CJEU on these issues has dealt exclusively with the effects of discrimination against a very specific section of the trans spectrum, and therefore a small part of the group (generally transsexuals and not transgender persons). Upon an exhaustive analysis, we have categorized the vulnerability of trans people as an inherent characteristic, as the CJEU alludes to the fact that this group shares an innate characteristic that they cannot change or renounce, as well as vulnerability stemming from being part of a (sexual) minority group, since it alludes to the fact that this group may possess a distinct identity, perceived as different by the *status quo*. From the CJEU's assessments, we observe that the lowest common denominator is the link between vulnerability and discrimination, in particular, the consequences thereof on the personal and socio-economic well-being of this group.

In the case of victims of violence, the CJEU focuses on the risk of suffering retaliation, further victimization, and serious disruption to their privacy and personal dignity. Although the CJEU does not go into detail as to who constitutes a particularly vulnerable victim, it does include persons in an equivalent position of vulnerability, based on the risk perspective, in terms of exposition to suffering a harm, such as physical, mental injuries, emotional distress and economic damages. We find the CJEU's emphasis on minimizing added psychological damages particularly interesting for further vulnerability analysis in the digital context in the case of victims of traumatic events, harassment or victims of gender violence online, due to the specific implications that the hyperaccessibility and universality of the Web have on their psychological well-being.

Extrapolating the main criteria of its jurisprudence to other matters, as it relates to the vulnerable groups we have examined throughout this dissertation, we can determine what circumstances and what inherent factors activate this emerging doctrine of vulnerability.

As it relates to the jurisprudential analysis of vulnerability and the right to be forgotten, although the term vulnerability has not been used, it has been indirectly alluded to through two hermeneutic components: the risk perspective in terms of fundamental rights' interferences or harms to specific groups of individuals, and the frequent use of the undefined legal concept of the "particular situation" of the data subject (or circumstances that surround him or her). As we were able to identify in the *Google Spain*, *Manni* and *GC et al.* cases, vulnerability is indirectly understood as the disproportionate exposure to fundamental rights' interferences and harms based on unnecessary processing of sensitive personal information. According to the CJEU the right to be forgotten (whether understood as the right to erasure, or, as it was recognized in these cases, the right to limit access and availability of personal information) will prevail over economic interests and other freedoms, when there are overriding or legitimate reasons specific to the data subject's particular situation. We have therefore equated the reference to such reasons with factors or elements of vulnerability and have provided examples whereby the sensitive nature of the information will determine the level of exposure to discrimination and/or harm.

In fact, the European supreme interpreter itself questions whether economic and informational freedoms should be considered as axiomatic priorities that justify the 'devaluation' of very personal fundamental rights, especially for those that are especially vulnerable or become more vulnerable in the context of NICTs. This seems especially straightforward in the *Manni* case, where, despite favouring against the right to be forgotten in commercial company registers as a general rule, does leave the door open for an interpretative reversal when the availability of personal information could undermine the dignity of particularly vulnerable persons, preventing their personal, social or economic livelihood.

The right to be forgotten acts as a mechanism that avoids further harms in situations where, by their very nature, there is power imbalance and lack of control. In order to swing the balance in favour of those that most need it, the *favor libertatis* principle must be an essential component of right to be forgotten interpretations in the case of the vulnerable persons explained above. In this regard, we considered there is sufficient

support to justify the extension of the notion of vulnerability, in the context of the exercise of the right to be forgotten, not only to persons traditionally protected in the EU (minors and victims of violence), but also to groups that have particularly sensitive personal data recognised in Article 9 RGPD (e.g. trans persons) or particular exposure to risky situations, leading to circumstantial vulnerability (whether of personal, social or economic nature).

The European Data Protection Supervisor and the European Data Protection Board as the European independent data protection regulatory authorities and the main non-jurisdictional guarantors of digital rights *par excellence* have been added guardians of the right to be forgotten, through a strong stance on the need to reinforce data subjects' digital rights and guarantees, especially when dealing with sensitive data and personal data of vulnerable groups, such as children, victims of violent conducts (on and offline) and those who are exposed to social, economic or privacy risks due to their inability to detach themselves from an obsolete, detrimental past. Nonetheless, the role that the FRA and the European Ombudsperson have played in protecting the aforementioned vulnerable groups in the digital age, on the one hand, and sensitive data protections *vis-à-vis* transparency and access to alleged public information, on the other, cannot be underestimated, especially given their focus on interpreting and aiding in the adoption of soft-law and policy instruments. We have extrapolated the content of the latest publications and reports of the FRA and the recent resolutions of the European Ombudsperson to demonstrate their recognition and favourable stance on limited accessibility, personal privacy protections and special guarantees for vulnerability situations.

All in all, we note that European legislation has been subject to a broad and important jurisprudential interpretation and institutional application, as it relates to emerging digital rights in the face of technological innovation and their balancing with other classical rights and interests. The intervention of the CJEU and other direct and indirect bodies, for the protection and effectiveness of the right to be forgotten, constitute additional (and essential) guarantees to the protection conferred by the European legislator and by the national courts.

SEVENTH. Final thoughts and recommendations of a right to be forgotten advocate

The fast-changing techno-digital transformation and globalization have posed new challenges for the protection of fundamental rights, especially the emerging right to the protection of personal data, since the collection, storing and exchange of personal information have shifted the paradigm on the basis of which people understand themselves and their lives, as well as the way we interact with each other. The open and expansive nature of NICTs and the Web is precisely what has favoured their extraordinary damaging potential. However, legal history has shown us time and time again that it always ends up being the same dance in liberal societies. At first, it is progress, fluidity at its finest and anything goes; then, as problems and challenges start to arise, legislators regulate and, finally, courts begin to outline and put constraints into place, when conflicting legal interests or applicability concerns arise, so as to preserve fundamental values and protect fundamental rights. Despite the necessity to continue with this policy-legislative-judicial dance, these will always be fragmented and reactive (*a posteriori*) solutions to the problems outlined above.

There needs to be, on the one hand, a global regulatory response to digital harms, including the recognition of a global right to be forgotten. European data protection legislation and guarantees have been significantly developed, responding to the challenges of insatiable technological innovation and global digital transformation; the next step is for us to create standards that guarantee an adequate level of universal protection. Thus, it is worth reflecting on the need to establish a uniform and guaranteed data protection system, not only at the EU or CoE levels, but at the international level, so as to counteract the challenges of globalization and innovation through reinforced guarantees and rights, destined to unify a digitalized global village, so as to go beyond a merely economic globalization and land on a complementary rights-based globalization. A rights-based globalization also implies a globalization of responsibility of those called to act, namely public and private institutions at all levels.

On the other hand, while we achieve the objective of global standards based on human dignity in the digital age, we cannot set aside the fact that current regulation of data protection allows public entities, private organizations and citizens to effectively exercise the right to be forgotten, through the data subject's consent (and withdrawal thereof), the

lawfulness principle, storage limitation principle, the accuracy principle and, as a last resort, the data minimization principle.

On a different note, a true win-win coalition between Law and Technology must also be constructed. We have the founding building blocks, with privacy by design and privacy by default policies, whether that means eraser buttons that automatically delete or disassociate information and links, or time-based destruction schedules. In the case of the latter, we could explore the application of temporal criteria, much like our biological clock of seven to ten years, of information availability, in cases where social irrelevance and/or a specific vulnerable situation exist. Operating on a right-to-be-forgotten mindset from the initial moment of the design and development of any technological or digital tool responds to a vision of risk prevention and reduction in order to limit the violation of the rights at stake and protect their exercise in a more effective way. This solution assumes that organizations and companies can develop new management systems and processes that make it possible to incorporate these measures. While it is true that perhaps smaller companies might not be technically or financially sound enough to guarantee such a level of management and protection, whether that means having to re-design their business policies or their technological tools, in order to be in line with such privacy standards, this must, inevitably be the future we must aim for.

Despite the numerous advantages that NICTs have brought for political, social and cultural movements, democracy as a whole, economic sectors and personal relationships, as well as digital progress cannot be exempt from intense regulation, as there is a strong need to avoid transforming it into traumatic digital panopticons for the innocent and defenceless, and into digital havens for criminals and immoral individuals. At a time of a digital de-contextualization crisis, brought about by the Web's digital memory and the online operators' artificial intelligence and data processing schemes, fundamental rights of individuals, in general, and vulnerable groups in particular, have been seriously compromised and eroded. Just as in other critical moments in human history, priority must be given to the person, endowed with intrinsic value and dignity, and special protections must be put in place to tackle the risks and harms inherent to digital transformation. A balance must be found, and in cases of doubts or conflicts of rights, especially when there are instances of particularly vulnerable situations, the *pro personae* principle must be the beacon of *iusfundamental* hope and digital policies.

The right to be forgotten is no more and no less than a legal guarantee that ensures that the past does not render a person a slave. Likewise, it guarantees that the past does not allow for the suffering because of lifetime personal, social or economic handicaps, due to irrelevant or obsolete information. This much-needed legal guarantee falls within the framework of the personal dignity and freedom, privacy and data protection, as a still-embryonic legal category. It enables data subjects to place themselves on an equal footing to face the problems inherent in a hyper-amnestic and universalized digital world that governments, businesses and society as a whole continuously take advantage of, now and again, at their mental and economic expense.

Within the framework of data protection and the right to be forgotten, we cannot ignore that, in order to alleviate vulnerabilities online (whether inherent or circumstantially imposed), as well as to ensure the security and quality of data, a kind of empowerment over personal data is required. This empowerment must be channelled through mechanisms that place individuals in conditions of equality, with equal digital weapons. Equality, as the supreme value of most (if not all) legal systems, has an objective (or teleological) dimension, due to its importance in the building and sustaining of democracy, and a subjective dimension, as a fundamental right intrinsically linked to human dignity.

Thus, equality operates not only from a formal point of view (principle of equal treatment before the law) but also from a material point of view (principle of effective equality through special mechanisms or measures to protect or improve the conditions of those who are systemically more disadvantaged). It has been demonstrated that empowerment plays a transcendental role in reducing exposure to harm (and therefore in reducing vulnerability) and in improving resilience, understood as a restorative strategy to overcome harms. One of these empowerment mechanisms must necessarily be the right to be forgotten, as a guarantee for the reinforcement of the fundamental rights of the most vulnerable people in the era of digital transformation. At the very least, it promotes equal conditions online, so as to ensure real and effective equality for all, and especially, for the most vulnerable.

Current and future configurations of the right to be forgotten must undoubtedly be examined from the lenses of a new stage of constitutional cross-fertilization in the age of a digitalized globalization. As we highlighted at the beginning of this dissertation, and taking Nelson Mandela's wise words, amidst an overly technical "global village",

whereby indivisibility of personal freedom and safeguards of fundamental rights must be universal principles, making sure that individuals empower themselves and not letting just the “rich and powerful” do so, at the cost of the “poorer and weaker” is a “global responsibility” in the name of universal freedom. Such empowerment, in the current age, can only be effectively achieved by recognizing and effectively applying the right to be in control of one’s own identity in the spaces where it matters most, preventing algorithms and others tools from deciding who we are at any given point.

NICTs continuously attempt to colonize people’s identities by reconstructing their past, while simultaneously conquering their future. The need to protect individual rights so as to ensure a full and dignified existence in the face of intrusive technologies has never been so crucial. If the rights and freedoms necessary for human flourishing are the same as those manifested in the U.S., Spanish and European constitutions, why not align the latest globalization constraints with constitutionalism’s universal and most cherished values, by means of the development of a right that encompasses them all to achieve authentic self-determination and true freedom of expression in the online world?

Like all progressive, self-empowering and against-hyper-accessibility proposals, the right to be forgotten is not and will not be immune to distrust, criticism and its fair set of social, legal and, of course, technical challenges. Despite all the concerns it has triggered and will continue to generate, it still represents a positive force towards better Internet Governance and Global Constitutionalism: those most vulnerable and in need of its protective veil will find the legal and personal comfort of being able to live life fully, and prevent their past words, actions, traumas or identities from permanently conditioning their present and future potential.

II. ADVANCING SOME LINES FOR FURTHER RESEARCH

We have attempted to outline the current legal and constitutional configuration of the right to be forgotten in the EU, Spain and the United States, all of which has shown the complexity of the regulatory framework of data protection and its balance with a larger fundamental rights’ protection framework. Consequently, the relevance of continued study of this data protection guarantee, beyond the foundations laid in this Dissertation, through a more ambitious post-doctoral research, is in order. In line with the above, some research lines opened by this PhD dissertation are listed below:

- Due to length constraints, we have left out a number of vulnerable persons and groups. In terms of subjective situations of vulnerability, we would like to continue the analysis of the right to be forgotten for disabled persons, the elderly, convicts, and, more interestingly, *travellers* in the broad sense of the word (such as Roma people, immigrants and displaced persons). This is justified by the sensitive nature of the personal information collected, processed and stored, and the effects of a never-forgetting and potentially-discriminatory digital paradigm. In terms of objective situations of vulnerability, we are especially interested in a detailed examination of the data protection challenges and the exercise of the right to be forgotten in the health, procedural, consumer and employment fields, paying special attention to vulnerability factors and solutions for data subjects as, for example, patients, procedural parties, consumers and workers.

- After analysing EU norms and case-law as it relates to data protection, the right to be forgotten and the notion of vulnerability, complementing and examining the synergies and divergences of the equivalent protection parameters of the pan-European organization *par excellence* are required. The normative and judicial guarantees of the Council of Europe are quite relevant, for two main reasons. First, because of the dire legal need to reconcile the activity of the two organizations, within the framework of the European system of fundamental rights. This is especially true given the necessary coexistence of the CFREU with the level of protection of the European Convention on Human Rights (arts. 6.1 and 6.3 TEU), and the close collaboration between both organizations as was envisioned by EU's Primary Law (art. 6.2 TEU). Second, in terms of data protection, there are interesting developments at the CoE level: modernization of the data protection Convention 108+, recent data protection and right to be forgotten case-law by the European Court of Human Rights, interesting interpretative lines for both data protection and vulnerable persons by the European Committee of Social Rights, and the role of other monitoring mechanisms for the protection of vulnerable persons.

- Finally, the current EU data protection framework entrusts the online service operator with the delicate task of deciding on right to be forgotten claims and, in cases of conflict, with other rights and interests, with the task of balancing them. Assigning responsibilities and procedures to online service providers and other

Web operators that act as data controllers, as enforcers of the right to be forgotten, turns out to be quite challenging. This is so mainly because of its lack of global recognition, but also given that strong criticism has been made on letting Big or Small Tech companies make such digital-life-changing decisions, instead of the regular judge. Consequently, it may be interesting to analyse the shift in personal data litigation and the hikes and falls of the right to be forgotten application by private actors. All of which can be encompassed in the notion of ‘private enforcement of the right to be forgotten’.

REFERENCIAS

1. ACADÉMICAS: ARTÍCULOS, MONOGRAFÍAS, CAPÍTULOS EN OBRAS COLECTIVAS E INTERVENCIONES

ABERASTURI GORRIÑO, U.: “Derecho a ser olvidado en internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre del 2015”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 259-290.

ABRIL, P.S.: “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”, *InDret*, núm. 1, 2014, pp. 1-62.

ADGER, W. N.: “Vulnerability”, *Global Environmental Change*, Vol. 16, 2006, pp. 268-281.

ADINOLFI, G.: “Autodeterminación informativa. Consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 17 (julio-diciembre), 2007, pp. 3-29.

AGUADO RENEDO, C.: “La clemencia vinculada por el derecho”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 74, 2009, pp. 333-351.

AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.14 (enero-abril), 1993, pp. 9-34.

AHEARN, F.M. y HORAN E.C.: *How to Disappear. Erase your digital footprint, leave false trails and vanish without a trace*, Lyons Press, Guilford, 2010.

ALBERS, M.: “Realizing the Complexity of Data Protection”, en GUTWIRTH, S., LEENES, R., y DE HERT, P. (Eds) *Reloading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Springer, Dordrecht, 2014, pp. 203-235.

ALBERT MÁRQUEZ, J.J.: “Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad en la red. Especial referencia al llamado «derecho al olvido» en MEDINA MORALES D. (Ed) *Cambios Tecnológicos y Derecho*, El Granado Ediciones Digitales, Córdoba, 2015, pp. 19-45.

ALBERT, D., CHEIN, J., y STEINBERG, L.: “The Teenage Brain: Peer Influences on Adolescent Decision Making”, *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 22, núm. 2, 2013, pp. 114-120.

ALBURY, K., y CRAWFORD, K.: “Sexting, consent and young people's ethics: Beyond megan's story”, *Continuum*, Vol. 26, núm. 3, 2012, pp. 463-473.

ALCALÁ, F., ALSIUS, S. y SALGADO, F.: “El uso de imágenes de personas muertas en la televisión y en otros medios de comunicación. La opinión de los periodistas en Cataluña”, *Quaderns del CAC*, núm. 33 (diciembre), 2009, pp. 109-117.

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 80 (enero-abril), 2011, pp. 59-88.

- *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996.

ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. GARZÓN VALDÉS, E.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALGUACIL GONZÁLEZ AURIOLES, J.: “La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales (SSTC 290 y 292/2000)”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 7, 2001, pp. 365-385.

ALIPAN, A., SKUES, J.L., THEILER, S., y WISE, L.: “Defining Cyberbullying: a Multifaceted Definition Based on the Perspectives of Emerging Adults”, *International Journal of Bullying Prevention*, 2019, pp. 1-14.

ALLEN, A.L.: “Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs”, *California Law Review*, Vol. 98, 2010, pp. 1711-1764.

- “Coercing Privacy”, *William and Mary Law Review*, Vol. 40, núm. 3, 1999, pp. 723-757.

- “Genetic Privacy: Emerging Concepts and Values”, en ROTHSETIN, M.A. (Ed) *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era Final Report*, 1997.

- *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Rowan & Littlefield, Lanham, 1988.

ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 195-271.

- *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014.

ALONSO GARCÍA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: *El juez nacional en su condición de juez europeo*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas (IVAP), Bilbao, 2019.

ALTMAN, I.: “Privacy Regulation: Culturally Universal or Culturally Specific?”, *Journal of Social Issues*, Vol. 33, núm. 3, 1977, pp. 66-84.

- *The environment and social behavior: Privacy, personal space, territory and crowding*, Books/Cole, Monterey, 1975.

ÁLVAREZ CANO, M.: *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus, Madrid, 2015.

ÁLVAREZ CARREÑO, S.M.: “Los retos actuales del juez nacional como juez europeo” en LÓPEZ RAMÓN, F. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords) *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Actas del XIV Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2019, pp. 247-290.

ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R.: “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela ‘multinivel’”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, pp. 231-276.

ÁLVAREZ-GARCÍA, D., NÚÑEZ, J.C., ÁLVAREZ, L., DOBARRO, A., RODRÍGUEZ, C., y GONZÁLEZ-CASTRO, P.: “Violencia a través de las tecnologías de la información y la comunicación en estudiantes de secundaria”, *Anales de Psicología*, Vol. 27, núm. 1, 2011, pp. 221-231.

ALVAREZ HERNANDO, J. Y CAZURRO BARAHONA, V.: *Practicum Protección de datos*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2015.

ÁLVAREZ ROBLES, T.: *El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español*, Tesis Doctoral, Universidad de León, 2019.

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra constitución”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2001, pp. 1724-1731.

AMBROSE, M.L.: “It’s About Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to be Forgotten”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 16, n. 2, 2013, pp. 101-154

- *Journal of Information Policy* en AUSLOOS, J.: “Right to be forgotten across the pond”, Vol. 2013, pp. 1-23

- *Santa Clara High Technology Law Journal* en FRIES, N. y VAN MATRE, J.: “Seeking Digital Redemption: The Future of Forgiveness in the Digital Age”, Vol. 29, núm. 1, 2012, pp. 99-163.

ANDONE, C.: “Evading the Burden of Proof in European Union Soft Law Instruments: The Case of Commission Recommendations”, *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, Vol. 31, núm. 1, 2018, pp. 79-99.

ANDORNO, R.: “Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?” en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, pp. 257-272.

ANDREWS, L.B.: *I Know Who You Are and I Saw What You Did: Social Networks and the Death of Privacy*, Free Press, New York, 2011.

ANTANI, R.: “The Resistance of Memory: Could the European Union’s Right to be Forgotten Exist in the US?”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, núm. 4, 2015, pp. 1173-1210.

APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, Aranzadi, Navarra, 2013.

ARENAS RAMIRO, M.: “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos europeo en el tratamiento de los datos personales de los menores de edad”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 237-263.

- “Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viajes y nuevas facultades”, en RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R.

(Coords) *Hacia un nuevo Derecho Europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 311-372.

- “Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google v. AEPD)”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 34, 2014, pp. 537-558.

- “La protección de datos personales en los países de la Unión Europea”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16 (septiembre), 2008, pp. 113-168.

- “El derecho de protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información”, en COTINO HUESO, L. (Ed.) *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 355-386

ARESTIS, G.: “Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective”, *College of Europe Cooperative Research Paper*, núm 2, 2013, pp. 1-14.

ARIAS MAIZ, V.: “Una excepción al principio del consentimiento informado no contemplada en el artículo 6 LOPD: el uso de datos personales por medios de comunicación”, en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.). *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 560-575.

ARROYO AMAYUELAS, E.: “Prólogo”, en DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital. Efectos de Google Spain y el Big Data e implicaciones del Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Atelier, Barcelona, 2018.

ARROYO JIMÉNEZ, L.: “Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68, 2017, pp. 36-43.

ARZUMENDI, 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 (UNED)*, núm. 92, 2015 pp. 273-310.

AUSLOS, J.: “The ‘Right to be Forgotten’ – Worth remembering?” *Computer Law & Security Review*, Vol. 28, núm. 2, 2012, pp. 143-152.

AVILÉS, J.M.: “Análisis psicosocial del ciberbullying: claves para una educación moral”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 34, núm. 1, 2013, pp. 65-73.

BAKER, E.C.: *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, New York, 1989.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 13, 2010, pp. 189-208.

BALKIN, J. M.: “Information fiduciaries and the first amendment”, *University of California- Davis Law Review*, Vol. 49, núm. 4, 2016, pp. 1183-1234.

- BALLANCO, M.: “Searching for the First Amendment: An Inquisitive Free Speech Approach to Search Engine Rankings”, *George Mason University Civil Rights Law Journal*, Vol. 24, núm. 1, 2013, pp. 89-111.
- BALLON, I.: *E-Commerce and Internet Law. Treatise with Forms 2d*, Thomson Reuters West, 2018.
- BANNON, L.J.: “Forgetting as a Feature, not a Bug: The Duality of Memory and Implications for Ubiquitous Computing”, *CoDesign*, Vol. 2, 2006, pp. 3-15.
- BAÑO LEÓN, J.M., y ALONSO GARCÍA, R., “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear cuestión prejudicial ante el TJ”, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 193-222.
- BAR CENDÓN, A.: “La Constitución de la Unión Europea: contexto, reforma y virtualidad”, *Revista Valencia d’Estudis Autònoms (Ejemplar dedicado a Europa en la encrucijada)*, núm. 43-44, 2004, pp. 100-153.
- BAR-GILL, O.: *Seduction by Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BARBER, S.A.: “Constitutions in Exile: Is the Constitution a Charter of Negative Liberties or a Charter of Positive Benefits? Fallacies of Negative Constitutionalism”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2006, pp. 651-667.
- BARBEZIEUX, M. : *Le droit à l’oubli numérique : bilan et perspectives*, Editions Universitaires Européennes, Saarbrücken, 2016.
- BARKOW, R.E., and OSLER, M.: “Restructuring Clemency: The Cost of Ignoring Clemency and a Plan for Renewal”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 82, núm. 1, pp. 1-26.
- BARNET, J.: “The Grounds of Pardon”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 17, núm. 4, 1927, pp. 490-530.
- BAROCAS, S., y SELBST, A.D.: “Big Data’s Disparate Impact”, *California Law Review*, Vol. 104, 2016, pp. 671- 733.
- BARTER, C., STANLEY, N., WOOD, M., LANAU, A., AGHTAIE, N., LARKINS, C. y ØVERLIEN, C.: “Young People’s Online and Face-to-Face Experiences of Interpersonal Violence and Abuse and Their Subjective Impact Across Five European Countries”, *Psychology of Violence*, Vol. 7, 2017, pp. 375-384.
- BATES, S.: “Revenge porn and mental health: A qualitative analysis of the mental health effects of revenge porn on female survivors”, *Feminist Criminology*, Vol. 12, 2016, pp. 22-42.
- BAUMANN, M., ZWISSLER, B., SCHALINSKI, I., RUF-LEUSCHNER, M., SCHAUER, M., y KISSLER, J.: “Directed forgetting in post-traumatic-stress-disorder: a study of refugee immigrants in Germany”, *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, Vol. 7, núm. 94, 2013, pp. 1-8.

BAUMER, D.L., EARP, J.B. y POINDEXTER, J.C.: “Internet Privacy Law: A Comparison Between the United States and the European Union”, *Computers and Security Journal*, Vol. 23, 2004, pp. 400-412.

BAUZÁ, H.: *Sortilegios de la memoria y el olvido*, Akal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

BELDA INIESTA, J.: *Consecuencias Jurídicas de las Grandes Innovaciones Tecnológicas: de la Imprenta a Internet*, Tesis Doctoral, Universidad Católica de Murcia, 2019.

BELADÍEZ ROJO, M.: “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional”, en *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2018, pp. 13-98

BEN-SHAHAR, O., y SCHNEIDER, C.E.: *More than you Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton –Nueva Jersey, 2014.

BENDITO CAÑIZARES, M.T.: *La autorregulación: una alternativa para la protección de los ‘menores digitales’*. *Self-regulation: an option for the protection of ‘digital natives’*, Madrid, UNED, 2014.

BENJAMIN, S.M.: “Algorithms and Speech”, *University of Pennsylvania law Review*, Vol. 161, núm. 6, 2013, pp. 1445-1494.

BENNET, S.C.: “The ‘Right to Be Forgotten’: Reconciling EU and US Perspectives”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 30, 2012, pp. 161-195.

BENNETT, C.J.: “Distintos intentos por camuflar las ineptitudes de la protección de la privacidad estadounidense”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-5.

BENOIT R.G. Y ANDERSON M.C.: “Opposing mechanisms support the voluntary forgetting of unwanted memories”, *Neuron*, Vol. 76, núm. 2, 2012, pp. 450-460. Benoit, R. G., & Anderson, M. C. (2012). Opposing mechanisms support the voluntary forgetting of unwanted memories. *Neuron*, 76, 450-460.

BENYEKHLEF, K., COUTURE-MÉNARD, P.A., y PAQUETTE-BÉLANGER, E.: “Menores, redes sociales y el derecho al olvido” en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Ed.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Reus- Fundación Solventia, Madrid, 2011, pp. 191-262.

BERGERO MIGUEL, T., ASIAIN VIERGE, S., GORNEMAN SCHAFFER, I., GIRALDO ANSIO, F., LARA MONTENEGRO, J., ESTEVA DE ANTONIO, I., y GÓMEZ BANOVIÓ, M.: “Una reflexión sobre el concepto de género alrededor de la transexualidad”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXVIII, núm. 101, 2008, pp. 211-226.

BERNAL, P.: “The right to be forgotten as a positive force for freedom of expression”, en TAMBOU, O. y BOURTON, S. (Dirs.) *The Right to be Forgotten in Europe and Beyond*, Blogdroiteuropéen, Collection Open Access Book, Luxembourg, 2018, pp. 78-83.

- “A Right to Delete?”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, núm. 2, 2011, pp. 1-18.

- BERROCAL LANZAROT, A. I.: *El derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, Madrid, 2017.
- BESSANT, J.: “Hard Wired for Risk: Neurological Science, the Adolescent Brain and Developmental Theory”, *Journal of Youth Studies* Vol. 11, núm. 3, 2008, pp. 347-360.
- BESSELINK, L.: “The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni”, *European Law Review*, Vol. 39, núm. 4, 2014, pp. 531-552.
- BHAGWAT, A.: “Sorrell V. Ims Health: Details, Detailing, and the Death Of Privacy”, *Vermont Law Review*, Vol. 36, 2012, pp. 855-880.
- BIGLINO CAMPOS, P.: “Los derechos fundamentales y competencia de la Unión: el argumento de Hamilton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 14, núm. 7 (enero-abril), 2003, pp. 45-68.
- BIJKER, W.E.: “La vulnerabilidad de la cultura tecnológica”, *Redes*, Vol. 14, núm. 27 (mayo), 2008, pp. 117-140.
- BLAZQUEZ GRAF, N. y FLORES, J. (Eds.): *Ciencia, tecnología y género en Iberoamérica*, Universidad Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Ciudad de México, 2005.
- BLIX, I. y BRENNEN, T.: “Intentional forgetting of emotional words after trauma: a study with victims of sexual assault”, *Frontiers in psychology*, Vol. 2, núm. 235, 2011, p. 1-8.
- BLUMSTEIN, A., y NAKAMURA, K.: “Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks”, *Criminology*, Vol. 47, núm. 2, 2009, pp. 327-359.
- BÖCKENFÖRDE, M. y SABSAY, D.: “Supranational organizations and their impact on national constitutions” en TUSHNET, M FLEINER, T. y SAUNDERS, C. (Eds) *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge-Taylor&Francis, New York y Londres, 2013, pp. 469-484.
- BODE, L. y JONES, M.J. “Ready to forget: American attitudes toward the right to be forgotten”, *The Information Society*, Vol. 33, núm. 2, 2017, pp. 76-85.
- BOIX PALOP, A. “El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 1-40.
- BONFIGLIO, S.: *Constitucionalismo mestizo. Más allá del colonialismo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2017.
- BOWERS, C.: *Digital Detachment. How computer culture undermines democracy*, Routledge, Nueva York, 2016.
- BRADFORD, A. “The Brussels Effect”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 107, núm. 1, 2012, pp. 1-68.
- BRATMAN, B.E.: “Brandeis and Warren’s Right to Privacy and the Birth of the Right to Privacy”, *Tennessee Law Review*, Vol. 69, 2002, pp. 623-650.

- BREWIN C. R.: “Memory and Forgetting. Current psychiatry reports”, Vol. 20, núm. 10(87), 2018, pp. 1-8.
 - “Remembering and forgetting”, en FRIEDMAN, M. KEANE, T. y RESICK, P. (Eds.), *Handbook of PTSD: Science and Practice*, Guilford Press, New York, 2014, pp. 200-218.
- BROCK. G.: *The right to be forgotten: Privacy and Media in the Digital Age*, Reuters Institute for the Study of Journalism/Oxford University– I.B. Tauris, Londres, 2016.
- BROUWER, E.: “International cooperation and the Exchange of personal data: safeguarding trust and fundamental rights”, en CARRERA, S. y MITSILEGAS, V. (Eds) *Constitutionalising the Security Union. Effectiveness, rule of law and rights in countering terrorism and crime*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2017, pp. 73-86.
- BROWNRIDGE, D.A.: *Violence Against Women. Vulnerable Populations*, Routledge, Nueva York, 2009.
- BROWNSWORD, R.: “Friends, Romans, Countrymen: Is there a Universal Right to Identity?”, *Law, Innovation and Technology*, Vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 223-249.
- BRU CUADRADA, E.: “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 5, 2007, pp. 78-92
- BUELGA, S., CAVA, M.J. y MUSITU, G.: “Cyberbullying: victimización entre adolescentes a través del teléfono móvil y de Internet”, *Psicothema*, Vol. 22, 2010, pp. 784-789.
- BUISÁN GARCÍA, N.: “El derecho de supresión en el nuevo reglamento europeo de protección de datos personales”, *Actualidad administrativa*, núm. 7-8, 2018.
- BUITELAAR, J.C.: “Privacy and Narrativity in the Internet Era”, *The Information Society*, Vol. 30, núm. 4, 2014, pp. 266-281.
- BUNN, A.: “The Curious Case of the Right to be Forgotten”, *Computer Law and Security Review*, Vol. 31, 2015, pp. 336-350.
- BURGORGUE-LARSEN, L.: “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUIBERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 41-76.
- BURGUERA AMEAVE, L.: “Reputación digital y derecho al olvido del político en el ciberespacio” en COTARELO GARCÍA, R. (Coord) *Ciberpolítica: Gobierno abierto, redes, deliberación, democracia*, INAP, Madrid, 2016, pp. 115-128.
- BURKE, P. J., y STETS, J. E.: *Identity theory*, Oxford University Press, New York, 2009.
 - “Trust and commitment through self-verification”, *Social Psychology Quarterly*, Vol. 62, 1999, pp. 83-92

BURKE, S. C., WALLEN, M., VAIL-SMITH, K. y KNOX, D.: ‘Using Technology to Control Intimate Partners: An Exploratory Study of College Undergraduates’, *Computers in Human Behavior*, Vol. 27, 2011, pp. 1162-1167.

BURKITT, I.: *Social selves: Theories of self and society*, Sage, Londres, 2008.

BUSTAMANTE DONAS, J.: “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, *TELOS*, 2010, pp. 1-10.

BUTTARELLI, G.: “Los menores y las nuevas tecnologías”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Ed.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Reus- Fundación Solventia, Madrid, 2011, pp. 139-190.

BYGRAVE, L. A.: *Data Privacy Law. An International Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

BYRUM, K.: *European Right to Be Forgotten: The First Amendment Enemy*, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2018.

CABRALES LUCIO, J.M.: “La interpretación por el Tribunal Constitucional español conforme al Derecho comunitario en materia de Derechos Fundamentales”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 343-362.

CALMAESTRA, J., DEL REY, R., ORTEGA, R. y MORA-MERCHÁN, J.: “Introduction to cyberbullying” en MCGUCKIN, C., JÄGER, T. y CROWLEY, N. (Eds.), *Taking Action Against Cyberbullying. Training Manual*.

CALO, M.R.: “Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere)”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 87, núm. 3, 2013, pp. 1027-1072.

- “The Boundaries of Privacy Harm”, *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2011, pp. 1131-1162.

CALSAMIOLIA, A.: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.

CALVERT, C., y BRUNO, J.: “When Cleansing Criminal History Clashes with the First Amendment and Online Journalism: Are Expungement Statutes Irrelevant in the Digital Age?”, *CommLaw Conspectus*, Vol. 19, 2010, pp. 123-147.

CAMPBELL, E.W.: “But It’s Written in Pen: The Constitutionality of California’s Internet Eraser Law”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 48, núm. 4, 2015, pp. 583-603.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2000.

CANALES GIL, A.: “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12 (abril), 2007, pp. 13-56.

CANNATACI J.A. y MIFSUD-BONNICI J.P.: “Data protection comes of age: The data protection clauses in the European Constitutional Treaty”, *Information & Communications Technology Law Journal*, Vol. 14, núm. 1, 2005, pp. 5-15.

CANTO ORTIZ, J.M., y MORAL TORANZO, F.: “El sí mismo desde la teoría de la identidad social”, *Escritos de psicología*, núm. 7, 2005, pp. 59-70.

CAPODIFERRO CUBERO, D.: “La libertad de información frente a Internet”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 100 (Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española I), 2017, pp. 701-737.

CARMONA CONTRERAS, A.: “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en perspectiva constitucional: Un proceso en construcción”; *Congreso Asociación Constitucionalistas de España*, 2016, pp. 1-25. Disponible en: <http://congresoace.deusto.es/wp-content/uploads/2016/01/MESA-1-Ana-Carmona.pdf>

CARNEROLI, S.: *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, Larcier (Création Information Communication pratique), Bruxelles, 2016.

CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá”, *Revista de derecho penal*, Vol. 24, 2016, pp. 149-174.

CARRASCO DURÁN, M., “La obligación de los órganos judiciales de presentar la cuestión prejudicial antes de decidir no aplicar una ley por su contradicción con normas de Derecho comunitario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, 2005, pp. 379-401.

CARRASCOSA LÓPEZ, V.: “L.O.R.T.A.D: una necesidad en el panorama legislativo español”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 6-7, 1994, pp. 11-82.

CARRILLO, M.: “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación”, *Cuadernos y Debates nº 248: El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp.11-70.

CARROLL, L.: “Therapeutic issues with transgender elders”, *Psychiatric Clinics of North America*, Vol. 40, núm. 1, 2016, pp. 127-140.

CARTABIA, M.: “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, pp. 5-31.

CASAROSA, F.: “Protection of Minors Online: Available Regulatory Approaches”, *EU Working Papers-Robert Schuman Advanced Studies*, Vol. 15, 2011, pp. 1-21.

CASAS BAAMONDE, M.E.: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *20 años de protección de datos en España*, AEPD, Madrid, 2015, pp. 91-126.

CASAS ROMA, J. y ROMERO TRIS, C.: *Privacidad y anonimización de datos*, UOC, Barcelona, 2017.

CASCAJO CASTRO, J.L.: “Constitución y derecho constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 15, 2004, pp. 89-106.

CASTEL, R.: *La métamorphose de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, Paris, 1995.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: “Derecho a la privacidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 39, 1994, pp. 249-278.

CASTELLS, M.: *Redes de indignación y esperanza los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

- *La dimensión cultural de Internet*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2002. Disponible en:

<https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>

CASTILLO CORDOVA, L.: *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007.

CEREZO-RAMÍREZ, F.: “Bullying a través de las TIC”, *Boletín Científico Sapiens Research*, Vol. 2, núm. 2, 2012, pp. 24-29.

CERVERA NAVAS, L.: “El Comité Europeo de Protección de Datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Barcelona, 2016, pp. 527-538.

CHAMBERS JR., H.L.: “The President, Prosecutorial Discretion, Obstruction of Justice and Congress”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 52, núm. 3, 2018, pp. 609-632.

CHEN, H.T.: “Revisiting the Privacy Paradox on Social Media With an Extended Privacy Calculus Model: The Effect of Privacy Concerns, Privacy Self-Efficacy, and Social Capital on Privacy Management”, *American Behavioral Scientist*, Vol. 62, núm. 10, 2018, pp. 1392-1412.

CHEN, S., BAUCHER, H. y KRAUS, M.W.: “The Relational self” en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, pp. 149-176.

CHRISTIANSON, S.A.: *The Handbook of Emotion and Memory: Research and Theory*, Psychology Press New York, 2014.

CHRISTIANSEN, E.C.: “Forty Years from Fascism: Democratic Constitutionalism and the Spanish Model of National Transformation”, *Oregon Review of International Law*, Vol. 20, núm.1, 2018, pp. 1-78.

- “Substantive Equality and Sexual Orientation: Twenty Years of Gay and Lesbian Rights Adjudication Under the South African Constitution”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 49, 2016, pp. 565-615.

CLAES, M.: *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

CLOUD, M.: “Property is Privacy: Locke and Brandeis in the Twenty-First Century”, *American Criminal Law Review*, Vol. 55, 2018, pp. 37-75.

COBACHO LÓPEZ, A.: “Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital”, *Revista de Derecho Político*, núm. 104 (enero-abril), 2019, pp. 197-227.

COBACHO LÓPEZ, A. y BURGUERA AMEAVE, L.: “Responsabilidad de los webmasters y derecho al olvido digital” en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.): *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 381-405.

COBAS COBIELLA, M.E.: “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, *Revista bolivariana de derecho*, núm.15, 2013, pp. 112-129.

COFONE, I.N.: “Online harms and the right to be forgotten” en COFONE, I.N. (Ed) *The Right to be Forgotten: A Canadian and Comparative Perspective*, Routledge-Taylor & Francis, New York y Londres, 2020, pp. 1-16.

COHEN, J. E.: “Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1373-1437.

- “What Privacy Is for”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, pp. 1904-1933.

COLE, S., DENNY, D., y AYLER, E.: “Issues of transgender” en SZUCHMAN, L., y MUSCARELLA, F. (Eds.) *Psychological perspectives on human sexuality*, Wiley, New York, 2000, pp. 148-168.

CONDE ORTÍZ, C.: *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

CONLEY, C.: “The Right to Delete”, *Semantic Scholar: AAAI Spring Symposium: Intelligent Information Privacy Management*, 2010. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Right-to-Delete-Conley/ea5b0930c40a2d4f835fd36fd2d882ed5cc36ac1>

CONTRERAS TAIBO, L.: “Asistencia especializada a víctimas del delito”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.193-214.

COOK, L.: “The right to be forgotten: a step in the right direction for cyberspace law and policy”, *Journal of Law, Technology and the Internet*, núm. 6, 2015, pp. 121-132.

COOLEY, T.M.: *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, Callaghan and Co., Chicago, 1879.

CORCHETE MARTÍN, M.J.: “Los nuevos derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, pp. 535-556.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: “El derecho al olvido tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Jurisprudencia-El Derecho*, núm. 1, 2014, pp. 1-8.

CORONA FERRERO, J.M., TUDELA, J. y PAU I VALL, F. (Coords.) *La técnica legislativa a debate*, AELPA-Tecnos, Madrid, 1994.

CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: “La protección de datos personales en Internet”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1901, 2001, pp. 2913-2927.

CORTÉS MORENO, J. y MUÑOZ DE DIOS, M.D.: “La protección y las tendencias de uso de los/as menores europeos/as en Internet”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 227-254.

CORTINA, A. y CONILL, J.: “Ethics of Vulnerability”, en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, pp. 45-62.

COTINO HUESO, L.: “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

- “El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: “un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal”, en BEL, I. y CORREDOIRA, L. (Eds) *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 388-429.

- *Audio sobre el olvido de la libertad de recibir información en la sentencia TJUE que reconoce el derecho al olvido*, 2014. Disponible en: <http://www.cotino.net/2014/05/el-olvido-de-la-libertad-de-recibir-informacion-en-la-sentencia-querereconoce-el-derecho-al-olvido/>

- “La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución”, en COTINO HUESO, L. (Dir.) *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV, Valencia, 2011.

- “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)” en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 289-315.

COWAN, C.S.M., WONG, S.F. y LE, L.: “Rethinking the Role of Thought Suppression in Psychological Models and Treatment”, *Journal of Neuroscience* 22, Vol. 37, núm. 47, 2017, pp. 11293-11295.

CRAIG, P.: “The European Union Act 2011: locks, limits and legality”, *Common Market Law Review*, Vol. 48, núm. 6, 2011, pp. 1942-1944.

- “Constitutions, Constitutionalism and the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 7, núm. 2, 2001, pp. 125-150.

CRIPPS, J.: *Forms of technology-facilitated sexual violence and university women’s psychological functioning*, Tesina de Máster, Universidad de Toronto, 2016. Disponible

en:

https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/74589/3/Cripps_Jenna_201611_MA_thesis.pdf

CROSS, D., LESTER, L., y BARNES, A.: “A longitudinal study of the social and emotional predictors and consequences of cyber and traditional bullying victimisation”, *International Journal of Public Health*, 2015, pp. 1-11.

CROUCH, J.: “The President and the Pardon Power: A Bibliographic Essay, 1989-2015”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 12, núm. 3, 2016, pp. 413-445

- *The Presidential Pardon Power*, Kansas University Press, Lawrence, 2009.

CRUZ, D.B.: “Disestablishing Sex and Gender”, *California Law Review*, Vol. 90, 2002, pp. 997-1086.

CRUZ VILLALÓN, P.: “La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, 2002, pp. 9-29.

- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35-62.

CSERNI, R.T. y TALMUD, I.: “To Know that you are Not Alone: The Effect of Internet Usage on LGBT Youth’s Social Capital”, *Communication and Information Technologies Annual-Studies in Media and Communications*, Vol. 9, 2015, pp. 161-182

CUNNINGHAM, M.: “Free Expression, Privacy and Diminishing Sovereignty in the Information Age: The Internationalization of Censorship”, *Arkansas Law Review*, Vol. 69, 2016, pp. 71-85.

D’ANTONIO, V. y POLLICINO, O.: “The Right to Be Forgotten in Italy” en WERRO, F. (Ed.), *The Right To Be Forgotten, A Comparative Study of the Emergent Right’s Evolution and Application in Europe, the Americas and Asia (Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Vol. 40)*, Springer, Springer, Cham, 2020, pp.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: “A vueltas con el derecho al olvido”, *Diario La Ley*, núm. 6, 2015.

- “El derecho al olvido en Internet”, *Diario La Ley*, núm. 8, 2013.
- *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, Fundación Airtel, Madrid, 2000.
- *Derecho Informático*, Aranzadi, Madrid, 1993.

DAVIS, S.E.: “Objectification, Sexualization, and Misrepresentation: Social Media and the College Experience”, *Social Media and Society*, Vol. julio-septiembre, 2018, pp. 1-9.

DE BÚRCA, G.: “New Modes of Governance and the Protection of Human Rights”, en ALSTON, P. y DE SCHUTTER, O. (Eds) *Monitoring Fundamental Rights in the EU: the contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart, Oxford, 2005. p. 25-32.

- “The Language of Rights and European Integration”. In MORE, G. y SHAW, J (Eds.) *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

DE KONINCK, T.: *De la dignidad humana*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2006.

DELGADO VALLE, E.: “Derecho al recuerdo en Internet”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.): *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 407-454.

DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.

DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015.

DE LA SERNA BILBAO, M.N.: “Las tecnologías de la información: derecho a la privacidad, tratamiento de datos y tercera edad”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, núm. 8 (Ejemplar dedicado a: Ancianidad, Derechos Humanos y calidad de vida: Una cita entre generaciones, un desafío de este tiempo, 2011, pp. 1-52. Disponible en: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/96/148>

DEL FRESNO, M.: “Duelo de gigantes: Estados impotentes y plataformas asociales globales” en el *Webinar Trump contra Twitter. Regulación de las plataformas online y libertad de expresión en Estados Unidos y Europa* celebrado el 4 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Cnp3O9k05EU>

DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A.: *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1994.

DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de protección de datos: la nueva LORTAD*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 17, 2014, pp. 5-10.

DE MIGUEL BÁRCENA, J.: “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 181-198.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. y JORDÁ CAPITÁN, E. (Dirs.): *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Madrid, 2014.

DE SCHUTTER, O., EIDE, A., KHALFAN, A., ORELLANA, M., SALOMON, M., y SEIDERMANF, I.: “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 2012, pp. 1084-1169.

DE SOLA POOL, I.: *Technologies of Freedom*, Harvard University Press, Harvard, 1983.

DE TERWANGNE, C.: “The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment”, en GHEZZI, A., GUIMARÃES PEREIRA, A., y VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L.(Eds.) *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2014, pp. 82-101.

- “Internet Privacy and the Right to be Forgotten/Right to Oblivion”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm. 13, 2012, pp. 53-56.

DE VEGA GARÍA, P.: “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales: problema de la Drittwirkung der Grundrechte”, *Revista Derecho PUCP* 2005, pp. 801-822.

DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6 (febrero), 2017, pp. 278-291.

DE WITTE, B.: “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights” en ALSTON, P. (Ed) *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 859-897.

DECI, E. L., y RYAN, R. M.: “The ‘what’ and ‘why’ of goal pursuits: Human needs and the self-determination of behaviour”, *Psychological Inquiry*, 11, pp.227-268.

DEFEIS, E.F: “Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, 2007, pp. 1104-1117.

DELANEY, H. y CAROLAN, E. en *The Right to Privacy. A Doctrinal and comparative analysis*, Thomson-RoundHall, Dublin, 2008.

DEMCHAK, C. y DOMBROWSKI, P.: “Cyber Westphalia: Asserting State Prerogatives in Cyberspace”, *Georgetown Journal of International Affairs*, Vol. International Engagement on Cyber III: State Building on a New Frontier, 2013, pp. 29-38.

DENARDIS, L: *The Global War for Internet Governance*, Yale University Press, Nueva York, 2014.

DENNINGER, E.: “El derecho a la autodeterminación informativa” en PÉREZ LUÑO, A.E. (Coord.): *Problemas Actuales de documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 268-276.

DHEJNE, C., VAN VLERKEN, R., HEYLENS, G. y ARCELUS, J.: “Mental health and gender dysphoria: A review of the literature”, *International Review of Psychiatry*, Vol. 28, núm. 1, 2016, pp. 44-57.

DIAMOND, L.M., PARDO, S.T., y BUTTERWORTH, M.R.: “Transgender Experience and Identity”, en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, pp. 629-647.

DIAZ CREGO, M.: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, Barcelona, 2009.

DÍAZ DÍAZ, E.: *Estudio y conclusiones sobre el “derecho al olvido” (Caso Google): Nuevo escenario para la regulación legislativa del ‘derecho a la supresión’ de datos personales de los ciudadanos*, EAE, Madrid, 2018.

DÍAZ LAFUENTE, J.: “Avances en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI en la Unión Europea, en MATIA PORTILLA, F.J., PERALES, A.E., y ARROYO GIL, A. (Dir.) *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-99.

- “La universalidad de los derechos humanos en materia de orientación sexual e identidad de género”, *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* Vol. XVIII, 2019, págs. 59-86.

- *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2014, pp. 93-254;

- “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional (Iustel)*, núm. 17, 2013, pp. 1-48.

DIEZ PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 3ª ed., 2008.

DILMAÇ, B. YURT, E., AYDIN, M., e KAŞARCI, I.: “Relaciones predictivas entre los valores humanos de los adolescentes, el acoso cibernético y la sensibilidad al acoso cibernético”, *Electronic journal of research in educational psychology*, Vol. 14, núm. 38, 2016, pp. 3-22.

DINISMAN, T. y MOROZ, A.: *Understanding victims of crime. The impact of the crime and support needs*, Victim Support-Hallam House, London, 2017, pp. 1-38.

DI PIZZO CHIACCHIO, A.: *La expansión del derecho al olvido digital: Efectos de Google Spain y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Atelier, Barcelona, 2018.

- “Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso Google Spain: la interpretación de la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en la implementación del derecho al olvido digital”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 115, núm. 4, 2016, pp. 939-976.

DOODLEY, J. J., PYŻALSKI, J., y CROSS, D. “Cyberbullying versus face-to-face bullying: a theoretical and conceptual review”, *Journal of Psychology*, Vol. 217, núm. 4, 2009, pp. 182-188.

DOUGLAS, H., HARRIS, B. y DRAGIEWICZ, M.: “Technology-facilitated Domestic and Family Violence: Women’s Experiences”, *British Journal of Criminology*, Vol. 59, 2019, pp. 551-570.

DOUGLAS, M.: “Questioning the Right to be Forgotten”, *Alternative Law Journal*, Vol. 40, núm. 2, 2015, pp. 109-112.

DOUGLAS-SCOTT, S.: “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, núm. 4, 2011, pp. 645-682.

- “Constituting Europe: In Defence of Public Reason”, *King's Law Journal*, Vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 75-99.

DRAGIEWICZ, M., BURGESS, J., MATAMOROS-FERNÁNDEZ, A., SALTER, M., SUZOR, N. P., WOODLOCK, D. y HARRIS, B.: “Technologies of Coercive Control: Digital Domestic Violence and the Competing Roles of Social Media Platforms”, *Feminist Media Studies*, Vol. 18, 2018, pp. 609-625.

DROUIN M., ROSS J. y TOBIN E.: “Sexting: a new, digital vehicle for intimate partner aggression?”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 50, 2015, pp. 197-204.

DRZEMCZEWSKI, A.: “The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 26, núm. 2, 1979, pp. 163-181

DUCOULOMBIER, P.: “The Protection of Sexual Minorities in European Law” en IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds) *Protecting Vulnerable Groups The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Portland, 2015, pp. 201-226.

DUKER. W.F.: “The President's Power to Pardon: A Constitutional History”, *William and Mary Law Review*, Vol. 18, núm. 3, 1977, pp. 475-538.

DUQUE FRANCO, I.: “Reseña de Castells, Manuel. Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet”, *Cuadernos de Geografía. Revista Colombiana de Geografía*, vol. 22, núm. 2 (julio. Diciembre), 2013, pp. 273-276

DURAND, F., ISAAC, C., y JANUEL, D.: “Emotional Memory in Post-traumatic Stress Disorder: A Systematic PRISMA Review of Controlled Studies”, *Frontiers in psychology*, Vol. 10, núm 303, 2019, pp. 1-15.

EBERLE, E.J.: “The Method and Role of Comparative Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 8, núm 3, 2009, pp. 451-486.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Víctimas del terrorismo y de secuestros: del trauma a la superación”, *Jornadas secuestros y toma de rehenes por parte de grupos terroristas: prevención y respuestas*, 2011, pp. 1-18

- “Lesiones psíquicas y secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos: el proceso de victimización”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 121 (Ejemplar dedicado a: Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal), 2007, pp. 97-202.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Memoria traumática: estrategias de afrontamiento adaptativas e inadaptativas”, *Terapia Psicológica* Vol. 37, núm. 1, 2019, pp. 71-80.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., DE CORRAL GARGALLO, P. y AMOR ANDRÉS, P.J.: “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 4, 2004, pp. 227-244.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y CRUZ-SÁEZ, M.S.: “De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso”, *Revista de Victimología*, núm. 1, 2015, pp. 83-96.

EL HAJ, M.: “Memory suppression in Alzheimer’s disease”, *Neurological Sciences*, Vol. 37, 2016, pp. 337-343.

ENGLANDER, E., DONNERSTEIN, E., KOWALSKI, R., LIN, C.A., y PARTI, K.: “Defining Cyberbullying”, *Pediatrics*, Vol. 140, núm. 2, 2017, pp. 148-151.

ENGLE MERRY, S.: *Gender Violence: A Cultural Perspective*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2009.

EPINEY, A.: “Européanisation et mondialisation du droit: convergences et divergences”, en MORAND, C.A. (Dir.) *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 147-170.

ERDOS, D.: “Unlikely to be forgotten: assessing the implementation of Google Spain in the UK three years on” en TAMBOU, O. y BOURTON, S. (Dirs.) *The Right to be Forgotten in Europe and Beyond*, Blogdroiteuropéen, Collection Open Access Book, Luxembourg, 2018, pp. 72-76.

- “European Regulatory Interpretation of the Interface between Data Protection and Journalistic Freedom: An Incomplete and Imperfect Balancing Act?”, *University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, núm. 61, 2015, pp. 1-36.

ERDOS, D. y GARSTKA, K.: “The Right to be Forgotten Online within G20 Statutory Data Protection Frameworks”, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, núm. 31, 2019, pp. 1-26.

ESCANDÓN PRADA, V.: *El olvido en los tiempos de las fake news*, Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2019.

ESCOBAR ROCA, G.: “Derecho al olvido en hemeroteca digital: Sentencia del Tribunal Supremo de 15.10.2015”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2016, pp. 33-38.

ESPADA, J. P., MORALES, A., ORGILÉS, M. y BALLESTER, R.: “Autoconcepto, ansiedad social y sintomatología depresiva en adolescentes españoles según su orientación sexual”, *Ansiedad y Estrés*, Vol. 18, núm. 1, 2012, pp. 31-41.

ESPELT GRANÉS, E., RODRÍGUEZ CARBALLEIRA, A. y JAVALOY MAZÓN, F.: “Comportamiento colectivo y movimientos sociales en la era de las redes sociales” en SABUCEDO CAMESELLE, J.M. y MORALES DOMÍNGUEZ, J.F. (Coords) *Psicología social*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2015, pp. 349-370.

ESPOSITO, E.: *La memoria sociale. Mezzi per comunicare e modi di dimenticare*, Laterza, Roma, 2001.

ESTÉBANEZ, I.: “Sexismo y violencia machista en la juventud. Las nuevas tecnologías como arma de control”, Conferencia invitada en *Encuentros Internacionales sobre el Impacto de los diversos fundamentalismos religiosos, políticos, económicos y culturales en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos*, celebrado en Donostia, 2013, pp. 1-9. Disponible en: <http://minoviomecontrola.com/wp->

<content/uploads/2012/10/Sexismo-y-violencia-machista-en-la-juventud.-Las-nuevas-tecnolog%C3%ADas-como-arma-de-control.pdf>

ESTRADA, J.A.: “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en CARBONELL, M. (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, UNAM, México, 2002, pp. 267-296.

FABENI, S. y AGIUS, S.: *Transgender People and the Gender Recast Directive - Implementation Guidelines*, ILGA-Europe, Bruselas, 2009, pp. 5-30.

FALBY, B.E.: “Comment, A Constitutional Right to Avoid Disclosure of Personal Matter: Perfecting Privacy Analysis in *J.P. v. DeSanti*, 653 F.2d 1080 (6th Cir. 1981)”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 61, 1982, pp. 219-234.

FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008

FARRIER, P.E. “Full Faith and Credit of Adjudication of Jurisdictional Facts”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 2, núm. 4, 1935, pp. 552-577.

FAZLIOGLU. “Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet”, *International Data Privacy Law*, Vol. 3, núm. 3, 2013, pp. 149-157.

FEITO, L.: “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, núm. 3, 2007, pp. 7-22.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.M.: *Cobertura periodística de situaciones traumáticas: el caso del 11-M español*, Tesis Doctoral de la Universidad de Málaga, Málaga, 2016.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: “El derecho fundamental a la protección de los datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, núm extraordinario 1 (dedicado al XI Congreso de Derecho y Salud ‘Nuevos retos del Sistema Nacional de Salud’), 2003, pp. 37-46.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13 (julio-diciembre), 2005, pp. 1-26.

FERNÁNDEZ TORRES, M.J. y PANIAGUA ROJANO, F.J.: “El poder de las redes sociales en la política y en los movimientos sociales”, en COTARELO GARCÍA, R. y CRESPO MARTÍNEZ, I. (Coords) *La comunicación política y las nuevas tecnologías*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012, pp. 130-150

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, J.: “La fotografía en la prensa: análisis comparativo del tratamiento de las imágenes de los terremotos de Haití (2010) y de Japón (2011) en la prensa española”, *adComunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, núm. 6, 2013, pp. 189-204.

FERRAJOLI, L.: “Más allá de la soberanía y la ciudadanía un constitucionalismo global”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 9, 1998, pp. 173-184.

FERREIRO BASURTO, V.: *La brecha digital digital, una nueva forma de discriminación hacia las mujeres. La toma de decisión en los usos de internet*, Edicions UIB, Palma, 2014.

FERREIRO BASURTO, V. y FERRER PÉREZ, V.A.: “Comunicación y género” en MARTÍNEZ-PECINO, R., y GUERRA DE LOS SANTOS, J.M. (Eds) *Aspectos psicosociales de la comunicación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2013.

FERREIRO, V., VILÀ, R., y PRADO, N.: “Experiencias sexistas en las redes sociales. Perpetuando la violencia de género”, en CASTEJÓN COSTA, J.L. (Coord.) *Psicología y Educación: Presente y Futuro*. ACIPE, Alicante, 2016, pp. 582-590.

FINEMAN, M.A.: “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, Vol. 60, 2010, pp. 1-42.

- “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20, núm. 1, 2008, pp. 1-23.

FINOCCHIARIO, G.: “Il diritto all’oblio nel quadro dei diritti della personalità” en ZENO-ZENCOVICH, V. (Dir.) *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Rome-Tre Press, Roma, 2015, p. 32.

FINOCCHIARIO, G. y RICCI, A.: “Quality of Information, the Right to Oblivion and Digital Reputation”, en CUSTERS, B., CALDERS, T., SCHERMER, B., y ZARSKY, T. (Eds.), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, Berlin, 2013, pp. 289-299.

FIRTH, J. TOROUS, J., STUBBS, B. FIRTH, J.A., STEINER, G.Z., SMITH, L., ALVAREZ-JIMENEZ, M., GLEESON, J., VANCAMPFORT, D., ARMITAGE, C.J. y SARRIS, J.: “The ‘online brain’: how the Internet may be changing our cognition”, *World Psychiatry*, Vol. 18, 2019, pp. 119-129

FLORES FERNÁNDEZ, J.: “Privacidad, factor de riesgo y protección en la violencia digital contra las mujeres”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 313-321.

FLORIDI, L.: “Should you have the right to be forgotten on google? Nationally, yes. Globally, no”, *New Perspectives Quarterly*, Vol. 32, núm. 2, 2015, pp. 24-29.

- “Free online services: Enabling, disenfranchising, disempowering”, *Philosophy & Technology*, Vol. 28, núm. 2, 2015, pp. 163-166.

- “The Right to Be Forgotten: a Philosophical View”, *Annual Review of Law and Ethics*, 2015.

- *The Ethics of Information*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

- “The Construction of Personal Identities Online”, *Minds and Machines*, Vol. 21, núm. 4, 2011, pp. 477-479.

FORSYTHE, D.: “Human Rights, The United States and the Organization of American States”, *Human Rights Quarterly*, vol. 13, 1991, pp. 66-98.

FRANTZIOU, E.: “Constitutional Reasoning in the European Union and the Charter of Fundamental Rights: In Search of Public Justification”, *European Public Law Journal*, Vol. 25, núm. 2, 2019, pp. 183-203.

FREIXES SANJUÁN, T.: “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4, 2005, pp. 43-86.

FRIED, C.: “Privacy”, *The Yale Law Journal*, Vol. 77, núm. 3, 1968, 475-493.

FROOMKIN, M.: “The Death of privacy?”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1461-1593.

FROSINI, V.: *Informática y Derecho* (trad. GUERRERO, J. y AYERRA REDÍN, M.), Temis, Bogotá, 1988.

FROSIO, G.F.: “The Right to be Forgotten: Much Ado about Nothing”, *Colorado Technology Law Journal*, Vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 307-336.

GAGNÉ, P., TEWKSBURY, R., y MCGAUGHEY, D.: “Coming out and crossing over: Identity formation and proclamation in a transgender community”, *Gender & Society*, Vol. 11, 1997, pp. 478-508.

GAJDA, A.: “Privacy, Press and the Right to be Forgotten in the United States”, *Washington Law Review*, Vol. 93, 2018, pp. 201-264.

GÁMEZ-GUADIX, M., ORUE, I., SMITH, P.K. y CALVETE, E.: “Longitudinal and reciprocal relations of cyberbullying with depression, substance use and problematic internet use among adolescents”, *Journal of Adolescent Health*, Vol. 53, núm. 4, 2013, pp. 446-452.

GARAIGORDOBIL, M.: “Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión”, *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 11(2), 2011, pp. 233-254.

GARCÍA, V.: “El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos”, *Desacatos*, núm. 19, 2005, pp. 11-24.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T.: “Nuevas estrategias de desvirtualización del derecho a la intimidad informática: la quiebra postmoderna del estado de panoptismo”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 2004, pp. 313-368.

GARCÍA-GAVILANES, R., MOLLGAARD, A. TSVETKOVA, M. e YASSERI, T.: “The memory remains: Understanding collective memory in the digital age”, *Science Advances*, Vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 1-7.

GARCÍA GALERA, M.C. y FERNÁNDEZ MUÑOZ, C.: “Las redes sociales o el hábitat digital de los jóvenes”, *TELOS*, núm. 107 (junio-septiembre), 2017, pp. 1-4.

GARCÍA HERRERA, V.: “Transparencia jurisdiccional y protección de datos. La anonimización de sentencias”; *Actualidad civil*, núm. 3, 2019.

GARCÍA MAHAMUT, R.: “Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales” en

GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 95-131.

- “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. extra 31 (Ejemplar dedicado a: 40 aniversari de la Constitució Espanyola), 2018, pp. 59-80.

- *El indulto un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

GARCÍA MAHAMUT, R. y VIGURI CORDERO, J.: “La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el (nuevo) sistema europeo común de asilo: grandes desafíos y graves deficiencias, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2018, pp. 237-270.

GARCÍA MORILLO, J.: “Las garantías de los derechos fundamentales (I)” en *Derecho constitucional. Vol. 1, El ordenamiento constitucional derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA ORTIZ, A.: “Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Novedades con ocasión de la Saga Taricco”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30 (julio-diciembre), 2018, pp. 1-28.

GARFINKEL, H.: *Studies in ethnomethodology*, Prentice-Hall, New Jersey, 1967.

GARRIDO POLONIO, F.M.: *El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia española. Una perspectiva constitucional*, Tesis Doctoral de la Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, 2015.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 95.

- “El impacto de las NTIC en los derechos humanos”, en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (Coord.) *Fundamentos Éticos y Jurídicos de las TIC*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 67-96.

- “Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales: desde Hollerith hasta Internet”, *Papeles Tiempo de los Derechos*, 2010. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun12/sq.pdf>

- *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2009.

- “La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos Personales ¿Un cambio de filosofía?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, pp. 299-321.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Vulneración del “Derecho al Olvido” e Indemnización por Daños. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 17 de julio de 2014”, *CESCO*, 2015.

- GAVISON, R.: “Privacy and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 89, núm. 3, 1980, pp. 421-471.
- GEFFEN, J., y LETZE, S.: “Chained to the Past: An Overview of Criminal Expungement Law in *Minnesota State v. Schultz*”, *William Mitchel Law Review*, Vol. 31, núm. 4, 2005, pp. 1332-1380.
- GELLERT, R.: “Door-to-Door Preaching by Jehovah's Witnesses Community Falls under Data Protection Law”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 4, núm. 3, 2018, pp. 391-395.
- GELMAN, L.: “Privacy, Free Speech and ‘Blurry Edged’ Social Networks”, *Boston College Law Review*, Vol. 50, 2009, pp. 1315-1344.
- GEORGE, E.J.: “The Pursuit of Happiness in the Digital Age: Using Bankruptcy and Copyright Law as a Blueprint for Implementing the Right to be Forgotten in the U.S.”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 106, núm. 3, pp. 905-932.
- GERAERTS, E. y MCNALLY, R.J.: “Forgetting unwanted memories: Directed forgetting and thought suppression methods”, *Acta Psychologica*, Vol. 127, núm. 3, 2008, pp.614-622.
- GERALDES DA CUNHA LOPES, T.M. y RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, S.: “Análisis Comparativo del Derecho al Olvido en México y la Unión Europea” trabajo presentado en el *XI Congreso Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación*, celebrado los días 13 y 14 de octubre de 2015 en Morelia, Méjico, p. 1. Disponible en: https://www.academia.edu/33308183/AN%C3%81LISIS_COMPARATIVO_DEL_DE_RECHO_AL_OLVIDO_EN_M%C3%89XICO_Y_LA_UNI%C3%93N_EUROPEA?source=swp_share
- GERBER, D.J.: “Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, 1984, pp. 185-221.
- GHEZZI, A., GUIMARES PEREIRA, A., y VESNIC-ALUJEVIC, L.: *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014.
- GHOSH, S.: “Informing and Reforming the Marketplace of Ideas. The Public-Private Model for Data Production and the First Amendment”, *University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series*, núm. 2, 2012, pp. 1-43.
- GIANNINI, M.M.: “Measured Mercy: Managing the Intersection of Executive Pardon Power and Victim’s Rights with Procedural Justice Principles”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, núm. 1, 2015, pp. 89-138.
- GIBNEY, M. y SKOGLY, S. (Eds): *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010
- GIEDD, J.N.: “The Teen Brain: Insights from Neuroimaging”, *Journal of Adolescent Health*, Vol. 42, núm. 4, 2008, pp.335–343.
- GIL ANTÓN, A.M.: “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 275-319.

- *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, Madrid, 2013.

GILDER, G.: *Telecosm: How Infinite Bandwidth Will Revolutionize Our World*, The Free Press, New York, 2000.

GIMENO SENDRA, J.V. y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Los procesos de amparo: (ordinario, constitucional e internacional)*, Editorial Constitución y Leyes-COLEX, Madrid, 1994.

GIRCHICK, L. B.: *Transgender voices: Beyond women and men*, University Press of New England, Londres, 2008.

GODOY, M.O. “Protección de Derechos Fundamentales y Diálogo Jurisdiccional en el Ámbito Europeo”, *Foro Nueva época*, Vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 387-399.

GOFFMAN, E.: *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1963.

- *The presentation of self in everyday life*, Penguin Books, London, 1959.

GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M.: “Introducción” en GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M. (Dirs.) *La Eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones Avanzadas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 23-36.

GOLDING, J.M. y MACLEOD, C.M. (Eds): *Intentional Forgetting Interdisciplinary Approaches*, Psychology Press, New York, 2013.

GOLDSMITH, J. y WU, T.: *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

- *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

GOMES DE ANDRADE, N.N.: “Oblivion: The Right to be Different ... from Oneself: Re-Proposing the Right to be Forgotten”, en GHEZZI, A., GUIMARÃES PEREIRA, A., y VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L.(Eds.) *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2014, pp. 65-81.

- “Oblivion: The Right to Be Different... from Oneself – Reproposing the Right to Be Forgotten”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm. 13, 2012, pp. 122-137.
- “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *IDP: Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 13 (febrero), 2012, pp. 67-83.
- “Human Genetic Manipulation and the Right to Identity: The Contradictions of Human Rights Law in Regulating the Human Genome”, *SCRIPTed*, Vol. 7, núm. 3, 2010, pp. 421-588

GÓMEZ BOTERO, G.E.: “Traumatismos de guerra: memoria y olvido”, *Revista de Psicoanálisis*, núm. 4, 2004, pp. 84-101.

GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. y DE MIGUEL MOLINA, M.: “La protección de datos de las personas mayores, necesidad y reto para una innovación tecnológica de calidad”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.) *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp.565-594.

GONZÁLEZ ALONSO, L.N. y MANGAS MARTÍN, A.: *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Editorial Constitución y Leyes-COLEX, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ FUSTER G., y GELLERT, R. “The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right”, *International Review of Law, Computers and Technology*, Vol. 26, núm. 1, 2012, pp. 73-82.

GONZÁLEZ FUSTER, G.: “El Comité Europeo de Protección de Datos (CEDP): Territorio desconocido”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.161-180.

- *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, Bruselas, 2015.

- “¿Un debate cada vez más fundamental o cada vez menos?”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-12.

GONZÁLEZ MURUA, A.R.: “Comentario a la STC 254/1993 de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales”, *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, núm. 37 (septiembre-diciembre), 1993, pp. 227-270.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “La relación jurídica de disposición de datos de carácter personal”, en BELLO JANEIRO, D. (Dir.) y HERREDERO HIGUERAS, M. (Coord): *El derecho a la intimidad y a la privacidad y las administraciones públicas*, Junta de Galicia-EGAP, Santiago de Compostela, 1999, pp. 31-80.

- “El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 17-60

GORDLEY, J.: “When Is the Use of Foreign Law Possible? A Hard Case: The Protection of Privacy in Europe and the United States”, *Lousiana Law Review*, Vol. 67, núm. 4, 2007, pp. 1073-1102.

GORMLEY, K.: “One Hundred Years of Privacy”, *Wisconsin Law Review*, 1992, pp. 1335-1441.

GRACIA IBÁÑEZ, J.: “Autonomía y vulnerabilidad de las personas LGBT: orientación sexual, identidad de género y derechos humanos” en BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCA MUGURUZA, C. (Coords.) *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 101-138.

GRAUX, H., AUSLOOS, J. y VALCKE, P.: “The Right to be Forgotten in the Internet Era”, *ICRI Working Paper*, Vol. 11, núm. 4, 2012, pp. 290-337.

GREAR, A.: “The Vulnerable Living Order: Human Rights and the Environment in a Critical and Philosophical Perspective”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 2, núm. 1, 2011, pp. 23-44.

GREENBLATT, E.: “Introduction” en GREENBLATT, E. (Ed) *Serving LGBTIQ library and archives users: essays on outreach, service collections and access*, McFarland Publishers, Jefferson, 2011, pp. 1-3.

GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986.

GRIEZEL, L., FINGER, L. R., BODKIN-ANDREWS, G., CRAVEN, R. G., y YEUNG, A. S.: “Uncovering the structure of and gender and developmental differences in cyber bullying”, *Journal of Educational Research*, Vol. 105, núm. 6, 2012, pp. 442-455.

GRIMMELMANN, J.: “Speech Engines”, *Minnesota Law Review*, Vol. 98, 2014, pp. 868-952.

GROPPI, T.: “La ‘primauté’ del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 5 (enero-junio), 2006, pp. 225-243.

GROUSSOT, X. y PECH, L.: “Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty”, *Fondation Robert Schuman Policy Paper*, núm. 173, 2010, pp. 1-13.

GUARDIOLA SALMERÓN, M.: “Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 14 (Ejemplar dedicado a: Menores y redes sociales), 2017, pp. 3-16.

GUASCH PORTAS, V. y SOLER FUENSANTA, J.R.: “El derecho al olvido en Internet”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 989-1005.

GUDÍN RODRÍGUEZ- MARIÑO, F.: *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de datos versus Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GUICHOT REINA, E.: *Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Civitas-Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2005.

GUICHOT, E.: “El derecho al olvido digital”, en BOIX PALOP, A., MARTÍNEZ OTERO, J.M., y MONTIEL ROIG, G. (Coords.) *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 117-144.

GUTIERREZ DÍAZ, J.M.: *Proyección práctica de la dignidad humana*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2014.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “La llamada ‘personalidad pretérita’: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016, pp. 201-238.

GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C., y NOUWT, S. (Eds.) *Reinventing Data Protection?* Springer, Dordrecht, 2009.

HAASE, P.J.: “Oh My Darling Clemency: Existing or Possible Limitations on the Use of the President’s Power”, *American Criminal Law Review*, Vol. 39, núm. 3, 2002, pp. 1287-1307.

HÄBERLE, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008.

- “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1 (enero-junio), 2004, pp. 11-24.

HALDER, D. y JAISHANKAR, K.: “Revenge Porn by teens in the United States and India: A Socio-Legal Analysis”, *International Annals of Criminology*, Vol. 51, núm. 1-2, 2013, pp. 85-111.

HAN, D.S.: “Middle-Value Speech”, *Southern California Law Review*, Vol. 91, 2017, pp. 65-132.

HARRIS, B. y WOODLOCK, D.: “Digital Coercive Control: Insights from two Landmark Domestic Violence Studies”, *British Journal of Criminology*, Vol. 59, 2019, pp. 530-550.

- “Spacelessness, Spatiality and Intimate Partner Violence: Technology-facilitated Abuse, Stalking and Justice”, en FITZ-GIBBON, K., WALKLATE, S., MCCULLOCH, J., y MAHER, J. (Eds.) *Intimate Partner Violence, Risk and Security: Securing Women’s Lives in a Global World*, Routledge, Nueva York y Oxon, 2018, pp. 52-70.

HARRIS, G.: “The privacy rights of minors in a digital age”, en LIND, N.S. y RANDKIN, E. (Eds): *Privacy in the Digital Age. 21st Century Challenges to the 4th Amendment*, Vol. 1, PRAEGER Santa Barbara, 2015, pp. 131-150.

HARTZOG, W. y STUTZMAN, F.: “The Case for Online Obscurity”, *California Law Review*, Vol. 101, núm. 1, 2013, pp. 1-49.

HASEBE, Y. y PINELLI, C.: “Constitutions”, en TUSHNET, M FLEINER, T. y SAUNDERS, C. (Eds) *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge-Taylor&Francis, New York y Londres, 2013, pp. 9-20.

HASINOFF, A.A., y SHEPHERD, T.: “Sexting in context: Privacy norms and expectations”, *International Journal of Communication*, Vol. 8, 2014, pp. 2932-2415.

HAYNES STUART, A.: “Google Search Results: Buried If Not Forgotten”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, Vol. 15, núm. 3, 2014, pp. 463-518.

HAYNES, J.: “Legislative Approaches to Combating ‘Revenge Porn’: A Multijurisdictional Perspective”, *Statute law review*, Vol. 39, núm. 3, 2018, pp. 319-336.

HEINS, M.: “The Right to Be Let Alone: Privacy and Anonymity at the U.S. Supreme Court”, *Revue française d’études américaines*, Vol. 1, núm. 123, 2010, pp. 54-72.

HELLEVIK, P.M.: "Teenagers' personal accounts of experiences with digital intimate partner violence and abuse", *Computers in Human Behavior*, Vol. 92, 2019, pp. 178-187.

HENSEL, J. M., RUIZ, C., FINNEY, C., y DEWA, C.S.: "Meta-Analysis of Risk Factors for Secondary Traumatic Stress in Therapeutic Work With Trauma Victims", *Journal of Traumatic Stress*, Vol. 28, núm. 2, 2003, pp. 83-91.

HEREDERO CAMPO, M.T.: "La evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad", en APARICIO VAQUERO, J.P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.) *En torno a la privacidad y a la protección de datos en la sociedad de información*, Comares, Granada, 2015, pp. 69-103.

- "Web 2.0: Afectación de derechos en los nuevos desarrollos de la web corporativa", *Revista Cuadernos Red de Cátedras Telefónica*, núm. 6 (mayo), 2012, pp. 1-40.

HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*, Tecnos, Madrid, 1996.

HERNÁNDEZ MARTÍN, M.A.: "La privacidad: una mirada desde la economía", en APARICIO VAQUERO, J.P. Y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.) *En torno a la privacidad y a la protección de datos en la sociedad de información*, Comares, Granada, 2015, pp. 1-25.

HERNÁNDEZ RAMOS, M.: "El derecho al olvido en Internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea", *Quid Iuris*, Vol. 21, núm. 7 (junio-agosto), 2013, pp.115-148.

HERRÁN ORTIZ, A.I.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2002.

HERZOG-EVANS, M.: "Judicial Rehabilitation in France: Helping with the Desisting Process and Acknowledging Achieved Desistance", *European Journal of Probation*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 4-19

HINDUJA, S. y PATCHIN, J.W.: "Bullying, Cyberbullying and Suicide", *Archives of Suicide Research*, Vol. 14, núm. 3, 2010, pp. 206-211.

HINES, S.: *Gender diversity, recognition and citizenship: Towards a politics of difference*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2013.

- "Intimate transitions: Transgender practices of partnering and parenting", *Sociology*, Vol. 2, 2006, pp. 353-371.

HOLT, D.B.: "LGBTIQ teens - plugged in and unfiltered: how internet filtering impairs construction of online communities, identity formation, and access to health information" en GREENBLATT, E. (Ed) *Serving LGBTIQ library and archives users: essays on outreach, service collections and access*, McFarland Publishers, Jefferson, 2011, pp. 266-277.

HOOFNAGLE, C. J., VAN DER SLOOT, B., y ZUIDERVEEN BORGESIU, F.: “The European Union general data protection regulation: what it is and what it means”, *Journal of Information & Communications Technology Law*, Vol. 28, núm. 1, 2019, pp. 65-98.

HUBER, P.W.: *Law and Disorder in Cyberspace: Abolish the FCC and Let Common Law Rule the Telecosm*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

HUERTA ANGUIANO, J.A.: “Naturaleza intrínseca, contexto o finalidad en la determinación del carácter sensible de los datos personales”, *Estudios en derecho a la información*, núm. 10, 2020, pp. 1-31.

HUGHES, T.P.: *American Genesis: A Century of Innovation and Technological Enthusiasm (1870–1970)*, University of Chicago Press, Chicago, 1989.

HULL, G.: “Successful Failure: What Foucault can Teach Us about Privacy Self-Management in a World of Facebook and Big Data”, *Ethics and Information Technology*, Vol. 17, núm. 2, 2015, pp. 89-101.

HUSTINX, P.: “Restaurar la confianza al otro lado del Atlántico”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-5.

IDISIS, G.: “How to Make Lemonade from Lemons: Achieving Better Free Speech Protection Without Altering the Existing Legal Protection for Censorship in Cyberspace”, *Campbell Law Review*, Vol. 36, 2013, pp. 147-173.

INGRAM, S.: “Presidents, Politics and Pardons: Washington’s Original (Mis?)Use of the Pardon Power”, *Wake Forest Journal of Law and Policy*, Vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 259-318.

ISHIKAWA, R., UCHIDA, C., KITAOKA, S. FURUYASHIKI, T. y KIDA, S.: “Improvement of PTSD-like behavior by the forgetting effect of hippocampal neurogenesis enhancer memantine in a social defeat stress paradigm”, *Molecular Brain*, Vol. 12, núm. 68, 2019, pp. 1-6.

JACKSON, T.H.: “The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 98, núm. 7, 1985, pp. 1393-1448.

JACOBS, J.B.: *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

JAMES, C.: *Disconnected: Youth, New Media, and the Ethics Gap*. The MIT Press. Cambridge, 2014.

JIMENA QUESADA, L.: “La protección de datos y las personas vulnerables en el Consejo de Europa”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 585-608.

- “La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: signo de madurez constitucional”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 101 (Ejemplar

dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española de 1978 (II), 2018, pp. 819-866.

- “Prólogo” en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 19-23.

- JIMENA QUESADA, L.: “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 39, 2017, pp. 271-306.

- “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social: discurso contra la argumentación jurídica inequitativa”, *Extractos del discurso de investidura como “Doctor Honoris Causa” por la Universidad Nacional de la Plata y Conferencia Inaugural de la Maestría del Instituto de Derechos Humanos*, celebrada el 17 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.slideshare.net/cuartomundo/el-derecho-a-la-proteccion-contra-la-pobreza-luis-jimena>

- “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales - 2010”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2014, pp. 385-407.

- “La situación actual de los derechos sociales en Europa”, *Jornada sobre el Estado social y la vida digna Organizada por el Ararteko*, celebrada el 3 de octubre de 2014. Disponible en:

http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3505_3.pdf

- “La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 50, 2014, pp. 173-197.

- *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

- Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 285-317.

- “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed) *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-42.

- “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 63-83

JIMENA QUESADA, L., y TAJADURA TEJADA, J.: “La prehistoria y la historia del derecho constitucional europeo (ensayo de paralelismo con el decurso del derecho constitucional nacional)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 94 (septiembre-diciembre), 2015, pp. 30-31.

JIMENEZ ESCOBAR, R.: “Informática y Derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumbarse”, *Jornadas de Abogacía e Informática*, Il·lustre Col·legi d’Advocats de Barcelona, 1993.

JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, M. I.: *El derecho al olvido digital del pasado penal*, Tesis Doctoral, Sevilla, 2018.

JONES, M.L.: *Ctrl+Z. The Right to be Forgotten*, New York University Press, New York, 2016.

- “You are What Google Says You are: The Right to Be Forgotten and Information Stewardship”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 17, 2012, pp. 21-30.

JORDÀ CAPITÁN, E.: “Un nuevo derecho: el derecho al olvido. Y un viejo conflicto: la colisión de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas con las libertades de información y de expresión”, en JORDÀ CAPITÁN, E. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dirs.) *La protección y seguridad de la persona en Internet: aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Barcelona, 2014, pp. 159-201.

KAMAL, M. y NEWMAN, W.J.: “Revenge Pornography: Mental Health Implications and Related Legislation”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, Vol. 44, núm. 3, 2016, pp. 359-367.

KANG, J.: “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, pp. 1193- 1294.

KAYE, D.: *Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet*, Columbia Global Reports, New York, 2019.

KEARNS, M.C., SCHAPPELL D’INVERNO, A. y REIDY, D.E.: “The Association Between Gender Inequality and Sexual Violence in the U.S.”, *American Journal of Preventive Medicine*, Vol. 58, núm. 1, 2020, pp. 12-20.

KEATS CITRON, D.: “Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 93, 2018, pp. 1035-1074.

- “Criminalizing revenge porn”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 49, 2014, pp. 345-391.

- *Hate Crimes in Cyberspace*, Harvard University Press, Cambridge, 2014.

- “Civil rights in our information age”, en LEVMORE, S. Y NUSSBAUM, M.C. (Eds.), *The offensive Internet: Speech, privacy, and reputation*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, pp. 31-49.

- “Technological Due Process”, *Washington University Law Review*, Vol. 85, núm. 6, 2008, pp.1249-1313.

KEELE, B.J.: “Privacy by Deletion: The Need for a Global Data Deletion Principle”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 363-384.

KELLY, A.: “Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l' Antisemitisme 379 F.3D 1120 (9TH CIR. 2004)”, *DePaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, Vol. 15, núm. 1, 2004, pp. 257-264.

KITCHIN, R. y DODGE, M.: "Outlines of a world coming into existence': pervasive computing and the ethics of forgetting", *Environment and Planning B: Planning and Design*, Vol. 34, 2007, pp. 431-443.

KLETTKE, B., HALLFORD, D. J., y MELLOR, D. J.: "Sexting prevalence and correlates: A systematic literature review", *Clinical Psychology Review*, Vol. 34, núm. 1, 2014, pp. 44-53.

KOOPS, B.J.: "Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis of the 'Right To Be Forgotten' in Big Data Practice", *SCRIPTed*, Vol. 8, núm. 3, 2011, pp. 229-256.

KORENHOF, P., AUSLOOS, J., SZEKELY, I., AMBROSE, M., SARTOR, G. y LEENES, R.: "Timing the Right to Be Forgotten: A Study into "Time" as a Factor in Deciding about Retention or Erasure of Data", en *Reforming European Data Protection Law*, Springer, Bruselas, 2014, pp. 171-201.

KORENHOF, P. y KOOPS, B.J. "Identity Construction and the Right to be Forgotten: the Case of Gender Identity", en GHEZZI, A., GUIMARÃES PEREIRA, A., y VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L.(Eds.) *The Ethics of Memory in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2014, pp. 102-126.

- "Gender Identity and Privacy: Could a Right To Be Forgotten Help Andrew Agnes Online?", *TILT Law & Technology Working Paper*, núm. 3, 2013, pp. 1-18

KOSTA, V. y DE WITTE, B.: "Human Rights Norms in the Court of Justice of the European Union", en SCHEININ, M. (Ed) *Human Rights Norms in 'Other' International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp 263-286.

KOTTOW, M.: "Anotaciones sobre vulnerabilidad", *Revista Redbioética/UNESCO*, Vol. 2, núm. 4 (julio – diciembre) 2011, pp. 91-95.

KOVÁCS, A., TÓTH, T. y FORGÁCS, A.: "The Legal Effects of European Soft Law and Their Recognition at National Administrative Courts", *ELTE Law Journal*, Vol. 2, 2016, pp. 53-70.

KREIMER, F.: "Pervasive Image Capture and the First Amendment: Memory, Discourse, and the Right to Record", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, 2011, pp. 335-409.

KROLL, J.A., HUEY, J., BAROCAS, S., FELTEN, E.W., REIDENBERG, J.R., ROBINSON, D.G., y YU, H.: "Accountable Algorithms", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, pp. 633-705

KROTOSZYNSKI, R.J.: *Privacy Revisited. A Global Perspective on the Right to be Left Alone*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

KÜHN, Z.: "Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism. The Czecho-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law", *Maastricht journal of European and Comparative Law*, Vol. 23, núm. 1, 2016, p. 185-194.

KULK, S. y ZUIDERVEEN BORGESIJUS, F.: “Google Spain v. González: Did the Court Forget About Freedom of Expression?”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 3, 2014, pp. 389-398.

KUNER, C.: “The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, núm. 3, 2015, pp. 19-44.

- “Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 2)” *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 18, 2010, pp. 227-247.

- “Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 1)” *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 18, 2010, pp. 176-193.

LAFABURIE, M., FORERO. A. y MIRANDA, R.: “Narrativas de travestis sobre su vivencia con el VIH/Sida”, *Investigación y Educación en Enfermería*, Vol. 29, núm. 3, 2011, pp. 353-362

LAGESON, S.E.: “Crime Data, the Internet and Free Speech: An Evolving Legal Consciousness”, *Law and Society Review*, Vol. 51, 2017, pp. 8-41.

LAKIER, G.: “The Invention of Low-Value Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 128, 2015, pp. 2168-2195.

LANZONI, L.: “Protección y limitación de los derechos humanos en el Art. 52 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 83 (enero-abril), 2012, pp. 573-601.

LARNIER, J.: *Who owns the future?*, Penguin Books, London, 2014.

LARSON, R.G.: “Forgetting the First Amendment: How Obscurity-Based Privacy and a Right to Be Forgotten Are Incompatible with Free Speech”, *Journal on Communication Law and Policy*, Vol. 18, núm. 1, 2013, pp. 91-120.

LARSEN, S.: *La reina en el palacio de las corrientes de aire*, Ediciones Destino, Barcelona, 2011.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., MORA PRATO, N.L. y SORZANO VOLART, C.: *Menores y nuevas tecnologías posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2012.

LAZER, D. y MAYER-SCHÖNBERGER, V.: “Statutory Frameworks for Regulation Information Flows: Drawing Lessons for the DNA Data Banks from Other Government Data Systems”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, 2006, pp. 366-374.

LEARY, M.: “Sexting or Self-Produced Child Pornography? The Dialogue Continues-Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response”, *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, Vol. 17, núm. 3, 2010, pp. 486-566

LEE, E.: “The Right to Be Forgotten v. Free Speech”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 12, núm. 1, 2015, pp. 85-111.

- LEE, N.: *Facebook Nation: Total Information Awareness*, Springer, New York, 2014.
- LEMLEY, M.A.: “Private Property: A Comment on Professor Samuelson's Contribution”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000.
- LENHART, A., YBARRA, M., y PRICE-FEENEY, M.: “Nonconsensual Image Sharing: One in 25 Americans has been a Victim of ‘Revenge Porn’”, *Data & Society Research Center for Innovative Public Health Research Data Memo/Report*, 2016.
- LEONE, M., LAPUCCI, E., DE SARI, M., DAVOLI, M., FARCHI, S. y MICHELOZZI, P.: “Social network analysis to characterize women victims of violence”, *BMC Public Health*, Vol. 19, 2019, pp. 494-505.
- LESSIG, L.: “Privacy as Property”, *Social Research Paper- The Johns Hopkins University Press*, Vol. 69, núm. 1, 2002, pp. 247-269.
- LETTERON, R.: “Le droit à l’oublié”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’étranger*, núm. 2, 1996, pp. 385- 424.
- LETURIA INFANTE, F. J.: “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido, ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 91-113.
- LIEVENS, E.: “Children and Peer-to-peer Risks in Social Networks: Regulating, Empowering or a Little Bit of Both?”, en VAN DER HOF, S., VAN DEN BERG, B. y SCHERMER, B. (Eds.) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Springer, The Hague, 2014, pp. 191-210.
- LINDSAY, D.: “An exploration of the Conceptual Basis of Privacy and the Implications for the Future of Australian Privacy Law”, *Melbourne University Law Review*, núm. 29, 2005, pp. 131-178.
- LITMAN, J.: “Information Privacy/Information Property”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1283-1313.
- LITTLE, L.E.: “Internet Defamation, Freedom of Expression and the Lessons of Private International Law for the United States” en BONOMI, A., ROMANO, G.P. (Eds): *XIV Yearbook of Private International Law*, De Gruyter, 2012, pp. 1-36.
- LIVINGSTONE S.: “Reframing media effects in terms of children’s rights in the digital age”, *Journal of Children and Media*, Vol. 10, núm. 1, 2011, pp. 4-12.
- LOCKE, J.: *El Ensayo sobre el entendimiento humano*, Capítulo XXI, 1690.
- LOMBARDERO CALZÓN, R.: “Ciberacoso: enemigo invisible. Nuevos retos que afrontar”, en MOLERO, M.M., PÉREZ-FUENTES, M.C., GÁZQUEZ, J.J., BARRAGÁN, A.B., MARTOS, A., y SIMÓN, M.M (Coords) *Intervención en contextos clínicos y de la salud*, ASUNIVEP, Almería, 2016, pp. 251-256.
- LOMBARDI, E. L., WILCHINS, R. A., PRIESING, D., y MALOUF, D.: “Gender violence: Transgender experiences with violence and discrimination”, *Journal of Homosexuality*, Vol. 42, 2001, pp. 89-101.

LÓPEZ CALVO, J.: “Últimas resoluciones judiciales sobre el “derecho al olvido”. Sobre la inalterabilidad de las hemerotecas digitales”. *Diario La Ley*, núm. 20, Sección Ciberderecho, 2018.

- *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Ed. Jurídica Sepín, Madrid, 2017.

LÓPEZ CASTILLO, A.: “Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 113-153.

LÓPEZ GUERRA, L.: “Derechos e integración europea” en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 17-40.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y PLAZA MARTÍN, C.: “El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información y libertades”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 6-7, 1994, pp. 271-304.

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 (UNED)*, núm. 93 (mayo-agosto), 2015, pp. 143-175.

LÓPEZ SÁNCHEZ, R.: “Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución Mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, Vol. 37 (julio-diciembre), 2017, pp. 229-263.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.

LOSANO, M.G., PÉREZ LUÑO, A.E., GUERRERO MATEUS, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.

LOTZ, M.: “Vulnerability and resilience: A critical nexus”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, Vol. 37, núm. 1, 2016, pp. 45-59.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El Tribunal Supremo y el derecho a la protección de datos”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.181-207.

- “Protección de datos: balance y futuro”, *Conferencia en el VII Congreso Nacional de Privacidad de la APEP*, celebrado en Valencia los días 3 y 4 de junio de 2019.

- “La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, Vol.II, 2009, pp. 131-142.

- “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, *Azpilcueta*, núm. 20, 2008, p. 44.

- “La Construcción del Derecho a la Autodeterminación Informativa”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 104 (abril-junio), 1999, pp. 35-60.
- *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L. (Eds.) *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

LUCAS-MOLINA, B., PÉREZ-ALBÉNIZ, A., y GIMÉNEZ-DASÍ, M.: “La evaluación del cyberbullying: situación actual y retos futuros”, *Papeles del Psicólogo*, 2016. Vol. 37, núm. 1, pp. 27-35.

LUCCHI, N.: *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Springer, Verlag, 2010.

LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability Layers Not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 121-139.

LUPTON, D., y WILLIAMSON, B.: “The datafied child: the dataveillance of children and implications for their rights”, *New media & Society*, Vol. 19, núm. 5, 2017, pp. 780-794.

LYNSKEY, O.: *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

MACENAITE, M. y KOSTA, E.: “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 26, núm. 2, 2017, pp. 146-197.

MACKENZIE, C., ROGERS, W., y DODDS, S.: “What is vulnerability and why does it matter for moral theory?” En MACKENZIE, C., ROGERS, W., y DODDS, S. (Eds) *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-32.

MALLE, B., KIESEBERG, P., WEIPPL, E., y HOLZINGER, A.: “The Right to Be Forgotten: Towards Machine Learning on Perturbed Knowledge Bases”, en BUCAFURRI, F., KIESEBERG, P., WEIPPL, E., y HOLZINGER, A y TJOA, M. (Eds.): *Availability, Reliability and Security in Information System*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 251-266.

MANCINI, F.: “The Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989, pp. 595-614.

MANTELERO A.: “U.S. Concern about the Right to Be Forgotten and Free Speech: Much Ado about Nothing?”, *Contratto e Impresa*, Vol. 17, núm. 2, 2012, p. 728.

MARCOS, A.: “Vulnerability as Part of Human Dignity”, en MASFERRER, A. y GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (Eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Basel, 2016, pp. 29-44.

MARGALIT, A.: *The ethics of memory*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

MARÍN, H.: “Muerte, memoria y olvido”, *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 37, 2006, pp. 309-319.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Introducción: Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Ed) *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III, Madrid, 2001, pp. 19-26.

MARKOWITZ, S.: “Note, Change of Sex Designation on Transsexuals’ Birth Certificates: Public Policy and Equal Protection”, *Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol. 14, 2008, pp. 705-717.

MARTIN, J.A. y FARGO, A.L.: “Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol. 16, num. 2, 2015, pp. 311-376.

MARTIN, K.E.: “Transaction Costs, Privacy, and Trust: The Laudable Goals and Ultimate Failure of Notice and Choice to Respect Online Privacy”, *First Monday*, Vol. 18, núm. 12, 2013. Disponible en: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/4838/3802>

MARTÍN HUERTAS, M.A.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 75, 2008, pp. 105-190.

MARTÍN REBOLLO, L.: “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200 (mayo-agosto), 2016, pp. 173-192.

MARTÍN ROMERO, L., RÓDENAS PÉREZ, M. y VILLAAMIL PÉREZ, F.: *Necesidades de la población transexual y homosexual en el municipio de Madrid. Estudio Sociológico y Jurídico*, Transexualia, Madrid, 2009.

MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, J.: “Título II. Libertades”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA. Disponible en: http://www.fbbva.es/TLFU/dat/05_carta_mangas_titII_libertades_art6-19.pdf

MARTÍNEZ BENLLOCH, I. y BONILLA CAMPOS, A.: *Sistema sexo/género, identidades y construcción de la subjetividad*, PUV, Valencia, 2000.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Vida privada sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 37 (junio), 2017, pp. 51-84.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: “Las nuevas tecnologías como herramientas de prevención y actuación frente a la violencia de género”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 287-312.8

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Repensando el Derecho Constitucional a la Protección de Datos ante la Mutación de la Informática”, en MARTÍN CUBAS, J. (Ed.) *Repensando la Constitución 40 años después*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 161-174.

- “A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 105, 2019, pp. 315-358.
- “El nuevo derecho a la portabilidad de datos personales a la luz del RGPD: ¿Objetivo ambicioso o misión imposible?” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 265-286
- “Hacia una integración digital europea: la constitucionalización del derecho de la UE y la europeización del Derecho Constitucional en materia de protección de datos”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, (enero-junio), 2018, pp. 23-37.
- *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65, núm. 2, 2017, pp. 139-176.
- “Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. X, 2017, pp. 231-266.
- “The Principle of Non-Discrimination on the Grounds of Age: Recent Developments in European Law in Relation to the Rights of the Elderly”, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Studies on Labour Law and Social Policy)*, Vol. 22, 2015, pp. 267-292.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, 2019, pp. 64-81.

- “Tan lejos, tan cerca”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-12.
- “Aplicar el derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36 (septiembre-diciembre), 2014, pp. 121-142.
- “¿Quién debería olvidarnos en Internet?”. *Actualidad jurídica Aranzadi* núm. 857, 2013, pp. 11.
- “Protección de datos personales y redes sociales un cambio de paradigma, en RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds), *Derecho y Redes sociales*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2010, pp. 83-116.
- “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm. 5, 2005/7, pp. 47-61.
- *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ OTERO, J.M.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2013.

MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MARTINEZ-GUZMAN, A.: “Repensar la Perspectiva Psicosocial Sobre el Género: Contribuciones y Desafíos a Partir de las Identidades Transgénero”. *Psicoperspectivas*, Vol.11, núm. 2, 2012, pp.164-184.

MARTINEZ-GUZMAN, A., MONTENEGRO MARTÍNEZ, M.: “El desafío trans. Consideraciones para un abordaje situado de las identidades de sexo/género”, *Revista Sociedad & Equidad*, núm. 2 (julio), 2011, pp. 3-22.

MASCIOTRA, M.: “La demanda de hábeas data”, *Revista de derecho procesal*, núm. 2, 2004, pp. 241-270.

MASSARO, T.M., y NORTON, H.: “Siri-Ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 110, núm. 5, 2016, pp. 1169-1192.

MATAMBANADZO, S.: “Engendering Sex: Birth Certificates, Biology and the Body in Anglo American Law”, *Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol. 12, 2005, pp. 101-133.

MATE SATUÉ, L. C., “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, núm. 2 (abril-junio), 2016, pp. 187-222.

MAYER, F.C.: “Multilevel Constitutional Jurisdiction”, en VON BOGDANDY, A., y BAST, J. (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2ª ed., 2009, pp. 399-439.

MAYER-SCHÖNBERGER, V.: “Remembering (to) Delete: Forgetting Beyond Informational Privacy” en THOUVENIN, F. (Ed.) *Remembering and Forgetting in the Digital Age (Law, Governance and Technology Series)*, Springer, Cham, 2018, pp. 118-123.

- *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K.: “The Rise of Big Data: How it’s Changing the Way We Think about the World”, *Foreign Affairs*, Vol. 92, (2013, pp. 28-40.

MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J.A., BERBEROFF AYUDA, D., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “El juez español como juez de la Unión Europea”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 48, 2013, pp. 127-152.

MCADAMS, D. P.: “Narrative identity” en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds) *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, pp. 99- 116.

- "Personal narratives and the life story", en PERVIN, L. y JOHN, O. (Eds.), *Handbook of personality: Theory and research*, Guilford Press, New York, 1999, pp. 478-500.

MCADAMS, D. P. y OLSON, B. D.: "Personality development: Continuity and change over the life course", *Annual Review of Psychology*, núm. 61, 2010, pp. 517-542.

MCADAMS, D. P. y PALS, J. L.: "A new Big Five: Fundamental principles for an integrative science of personality", *American Psychologist*, núm. 61, 2006, pp. 204-217.

MCCLURG, A.J.: "Bringing Privacy Law Out of the Closet: A Tort Theory of Liability for Intrusions in Public Places", *North Carolina Law Review*, Vol. 73, núm. 3, 1995, pp. 990-1088.

MCDERMOTT, Y.: "Conceptualising the right to data protection in an era of Big Data", *Big Data & Society*, Vol. enero-junio, 2017, pp.1-7. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951716686994>

MCDONALD, A.M. y CRANOR, L.F.: "The Cost of Reading Privacy Policies", *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 4, núm. 3, 2008, pp. 543-568

MCGOLDRICK, D.: "Developments in the Right to be Forgotten", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, núm. 4, 2013, pp. 761-776.

MCLAUGHLIN, J.A.: "Comment, Intrusions Upon Informational Seclusion in the Computer Age", *John Marshall Law Review*, Vol. 17, 1984, pp. 831-848.

MCNEALY, J.: "The Emerging Conflict Between Newsworthiness and the Right to be Forgotten", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 39, 2012, pp. 119-135.

MCTHOMAS, M.: *The Dual System of Privacy Rights in the United States*, Routledge, New York, 2013.

MECHANIC, M.B., WEAVER, T.L., y RESICK, P.A.: "Mental Health Consequences of Intimate Partner Abuse. A Multidimensional Assessment of Four Different Forms of Abuse", *Violence Against Women*, Vol, 14, núm. 6, 2008, pp. 634-654.

MEGÍAS QUIRÓS, J.J.: "Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales", *Anuario de derechos humanos*, núm. 3, 2002, pp. 515-560.

MEJÍA, N.: *Transgenerismos: Una experiencia transsexual desde la perspectiva antropológica*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2006.

MENDOZA CALDERÓN, S.: *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MENESINI E., NOCENTINI A., PALLADINO B.E., FRISÉN A., BERNE S., ORTEGA-RUIZ R., CALMAESTRA J., SCHEITHAUER H., SCHULTZE-KRUMBHOLZ A., LUIK P., NARUSKOV K., BLAYA C., BERTHAUD J., y SMITH P.K. "Cyberbullying definition among adolescents: a comparison across six European countries", *Journal of Cyberpsychology, Behavior and Social Networking*, Vol. 15, núm. 9, 2012, pp. 455-463.

- MEZZANOTTE, M.: *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoles, 2009.
- MICHELMAN, F.I.: "The State Action Doctrine", en AMAR, V.D. y TUSHNET, M.V. (Eds) *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MICKLITZ, H.W.: *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- MIERES, J.: *Intimidación Personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- MIJNGOS GONZÁLEZ, J.: "La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, pp. 583-608
- MILL, J.S.: *On Liberty. With an Introduction by W. L. Courtney, LL.D.*, The Walter Scott Publishing Co., Ltd., London, 2011.
- MILLER, S.F.: "Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity: The Need to Define and Establish the Boundaries of Cyberliberty", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, núm. 2, 2003, pp. 227-254.
- MILLET, F.X.: *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, L.G.D.J– Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2013.
- MILLS, J.L.: *Privacy. The Lost Right*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- MINERO ALEJANDRE, G.: "Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. L, 2017, pp. 13-58.
- "A vueltas con el 'derecho al olvido'. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 2014, pp.129-155.
- MINORA, L.E.: "U.S. Courts Should Not Let Europe's "Right To Be Forgotten" Force the World to Forget", *Temple Law Review*, Vol. 89, 2017, pp. 609-616.
- MISHNA, F.: *Bullying. A Guide to Research, Intervention and Prevention*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MOEREL, L.: "The Long Arm of EU Data Protection Law: Does the Data Protection Directive Apply to Processing of Personal Data of EU Citizens by Websites Worldwide?", *International Data Privacy Law*, Vol. 1, núm. 2, 2011, pp. 28-46.
- MOHAY, A. y TÓTH, N. "Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law", *American Journal of International Law*, Vol. 111, núm. 2, 2017, pp. 468-475.
- MOLNAR, P.: "Laws and policies – Enabling or withholding the development of the culture of constitutional democracy", *International Journal of Politics Culture and Society*, Vol. 22, 2009, pp. 465-484.

MONTALBANO, L.: *El reglamento europeo de protección de datos personales y el derecho al olvido*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2019.

MONTIEL JUAN, I.: “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IDP)*, núm. 22, 2016, pp. 119-131.

MONTORO, M.J.: *Adecuación al ordenamiento y facticidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

MOORE, A.D.: *Privacy Rights. Moral and Legal Foundations*, Pennsylvania State University Press, University Park, 2010.

- “Intangible Property: Privacy, power and information control”, en MOORE A. (Ed) *Information Ethics: Privacy, property and power*, University of Washington Press, Seattle, 2005.

- “Pardon for Good and Sufficient Reasons”, *University of Richmond Law Review*, Vol 27 núm. 2, 1993, pp. 281-288.

MORA-MERCHÁN, J.A.: “Cyberbullying: un nuevo reto para la convivencia en nuestras escuelas”, *Informació Psicològica*, núm. 94, 2008, pp. 60-70.

MOREHAM, N.: “Privacy in the Common Law: A Doctrinal and Theoretical Analysis” *Law Quarterly Review*, Vol. 121, 2005, pp. 628- 656.

MORENO BOBADILLA, A.: “El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos”, *Revista de Comunicación*, vol. 18, núm. 1, 2019, pp. 259-276.

MORENO CATENA, V.: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MOROZOV, E.: “To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism”, *PublicAffairs*, Nueva York, 2014.

MOYA IZQUIERDO, S., y CRESPO VITORIQUE, I.: “Los motores de búsqueda y el “derecho al olvido”: cuando la tecnología avanza más rápido que el Derecho”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 10, 2014, pp. 27-37.

MULLEN, G. y MOANE, G.: “A Qualitative Exploration of Transgender Identity Affirmation at the Personal, Interpersonal, and Sociocultural Levels”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 140-154.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I. y PÉREZ MACHÍO, A.I.: “Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad”, *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, núm. especial 99-100 (mayo-diciembre), 2014. pp. 2107-2128.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, M.C.: “La violencia de género en las relaciones sentimentales de los adolescentes”, *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, Vol. 15, núm. 2, 2015, pp. 30-35.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, J.: “La incidencia de la sentencia del tribunal supremo (STS núm. 574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido”, *Diario La Ley*, núm. 8734, 2016.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P.: “La protección de datos y los motores de búsqueda en internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, núm. 4 (octubre-diciembre), 2017, pp. 181-209.

MURPHY, R.S.: “Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 84, 1996, pp. 2381-2418.

MYERS, C.: “Digital Immortality vs. ‘The Right to be Forgotten’: A Comparison of U.S. and E.U. Laws Concerning Social Media Privacy”, *Romanian Journal of Communication and Public Relations*, Vol. 16, núm. 3, 2014, pp. 47-60.

- “Privacy, Accountability and the Cooperating Defendant: Towards a New Role for Internet Access to Court Records”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, 2009, pp. 921-978.

MYRICK, A.: “Facing Your Criminal Record: Expungement and the Collateral Problem of Wrongfully Represented Self”, *Law and Society Review*, Volume 47, núm. 1, 2013, pp. 73-104.

NAVARRO HERANDO, I.: “Derecho de acceso a la documentación en la Unión Europea”, *Cuadernos Cantabria Europa*, núm. 13, 2014, pp. 34-55.

NEVILLE, A.: “Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 157-172.

NEWMAN, A.L.: *Protectors of Privacy: Regulating Personal Data in the Global Economy*, Cornell University Press, Nueva York, 2008.

NIEVA FENOLL, J.: “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2017, pp. 181-210.

NIFOSI-SUTTON, I.: *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Routledge- Taylor & Francis, New York y Londres, 2017.

NINO, M.: “The protection of personal data in the fight against terrorism. New perspectives of PNR European Union Instruments in the Light of the Treaty of Lisbon”, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, 2010, pp. 62-85.

NISSEMBAUM, H.: *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, Stanford, 2010.

- “Privacy as Contextual Integrity”, *Washington Law Review*, Vol. 79, núm. 1, 2004, pp. 119-157.

NORWOOD, K.: “Transitioning Meanings? Family Members' Communicative Struggles Surrounding Transgender Identity”, *Journal of Family Communication*, Vol. 12, núm. 1, 2012, pp. 75-92.

NOVAL LAMAS, J.J.: “Derecho al olvido: algunas consideraciones sobre su futura regulación”, *Revista Contratación Electrónica*, núm. 120 (octubre-diciembre), 2012, pp. 25-36.

NOZICK, R.: *Invariances: The Structure of the Objective World*, Belknap Press, Cambridge, 2001.

- *The Nature of Rationality*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1993
- *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Book, New York, 1974.

NUTTBROCK, L., BOCKTING, W., ROSENBLUM, A., MASON, M., MACRI, M., y BECKER, J.: “Gender Identity Conflict/Affirmation and Major Depression Across the Life Course of Transgender Women”, *International Journal of Transgenderism*, Vol.13, núm. 3, 2012, pp. 91-103.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho a la intimidad”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, 1992, pp. 645-662.

OLLERO TASSARA, A.: *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2008, pp. 15-31.

- “La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Guayacán*, núm. 7, 2000, pp. 157-166.

O’LOUGHLIN, M.: “Troubling Naturalized Trauma, Essentialized Therapy, and the Asphyxiation of Dangerous Memory”, en O’LOUGHLIN, M. (Ed): *The Ethics of Remembering and the Consequences of Forgetting: Essays on Trauma, History and Memory*, Rowman & LittleField, London, 2015, pp. 1-35 y 55-72.

OLWEUS D.: “School bullying: Development and some important challenges”, *Annual Review of Clinical Psychology*, Vol. 9, 2013; pp. 751-780.

OLWEUS, D., y LIMBER, S. P.: “Some problems with cyberbullyingresearch”, *Current Opinion in Psychology*, Vol. 19, 2018, pp. 139-143.

ÖMAN, S.: “Implementing Data Protection in Law”, *IT Law – Scandinavian Studies in Law*, Vol. 47, 2004, pp. 389-403

OPEN UNIVERSITY: *Exploring the boundaries of international law*, The Open University, Escocia, 2016.

ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en internet en la jurisprudencia europea*, Reus, Madrid.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y de la LOPDGDD en el régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos de carácter personal” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 393-418.

ORTÍ VALLEJO, A.: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática” en PEREZ-LUÑO, A.E. (Dir.) *Problemas actuales de la documentación y la información jurídica*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 305-332.

ORZA LINARES, R.M.: “El ‘derecho al olvido’ contra la muerte de la privacidad”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 12 (junio) 2017, pp. 5-32

- “El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal”, *Libertad de expresión e información en la Red. Amenazas y protección de los derechos personales*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 475-500.
- “Derechos Fundamentales e Internet: nuevos problemas, nuevos retos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, 2012, pp. 275-336.
- “El derecho al anonimato en la red”, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 89 (octubre- diciembre) 2011, pp. 24-33.

OSTEN, M.: *La memoria robada. Los sistemas digitales y la destrucción de la cultura del recuerdo. Breve historia del olvido* (trad. ÁNGEL VEGA, M.), Ed, Siruela, Madrid, 2008.

OSTERDAY, M.: “Protecting minors from themselves: Expanding revenge porn laws to protect the most vulnerable”, *Indiana Law Review*, Vol. 49, 2018, pp. 555-577.

OVEJERO, A., YUBERO, S., LARRAÑAGA, E. y MORAL, M.V.: “Cyberbullying: Definitions and Facts from a Psychosocial Perspective”, en NAVARRO, R., YUBERO, S. y LARRAÑAGA, E. (Eds) *Cyberbullying Across the Globe. Gender, Family, and Mental Health*, Springer, Cham, 2016, pp. 1-31.

PACE, A.: “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, pp. 33-52.

PAGALLO, U., y DURANTE, M.: “Legal Memories and the Right to be Forgotten” en FLORIDI, L. (Ed.) *Protection of Information and the Right to Privacy. A new Equilibrium*, Springer, Basel, 2014, pp. 17-30.

PAGÉS, A.: *Sobre el olvido*, Herder, Barcelona, 2012.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “El poder de autodeterminación de los datos personales en internet”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm.14 2012, pp. 61-74.

PALMA ORTIGINOSA, A.: “Contexto normativa de la protección de los datos personales”, en MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Protección de Datos, Responsabilidad Activa y Técnicas de Garantía*, Reus, Barcelona, 2018, pp. 9-23.

PANZERA, C.: “La ‘voce’ del Comitato europeo dei diritti social”, en B. Caruso y G. Fontana (coords.). *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 253-270.

- “Il bello dell’essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno LIX, Fasc. 1, 2009, pp. 1-43.

PARDO IRANZO, V. (Dir.) *El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PARISIER, E.: *The Filter Bubbler. What the Internet is Hiding from You*, Penguin Books, London, 2011.

PAREJO ALFONSO, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. L, núm. 3 (septiembre-diciembre), 1981, pp. 169-190.

PARISER, E.: *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding From you*, Penguin Books, London, 2011.

PASQUALE, F.: “Reforming the Law of Reputation”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 47, 2015, pp. 515-539.

- “Asterisk Revisited: Debating a Right of Reply on Search Results”, *Journal of Business and Technology Law*, Vol. 3, núm. 1, 2008, pp. 61-85.

PATTERSON, J. W.: “Moral development and political thinking: The case of freedom of speech”, *The Western Political Quarterly*, Vol. 32, 1979, pp. 7-20.

PAUNER CHULVI, C.: “La libertad de información como límite Al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 36, 2015, pp. 377-395.

PAZ GALUPO, M., STUART, J. F., y SIEGEL, D. P.: “Transgender, transexual, and gender variant individuals” en WRIGHT, J.D. (Ed.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, Elsevier, Amsterdam, 2015, pp. 549-553.

PAZOS CASTRO, R.: “El mal llamado ‘derecho al olvido’ en la era de Internet”, *Boletín del Ministerio de Justicia (Estudio doctrinal)*, núm. 2138, 2015, pp. 1-88.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “Los derechos colectivos” en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Coord.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 67-76.

- “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988.

PEGUERA, M.: “The Shaky Ground of the Right to be Delisted”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 18, núm. 3, 2016, pp. 506-561.

PELTZ-STEELE, R.J.: “The New American Privacy”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2013, pp. 365-410.

PEREDA, N., GUILERA, G. y ABAD, J.: “Victimización infanto-juvenil en España: Una revisión sistemática de estudios epidemiológicos”, *Papeles del Psicólogo*. Vol. 35, núm. 1, 2014, pp. 66-77.

PEREDA, N. “La victimología en el contexto de las ciencias sociales”, en PEREDA, N. y TAMARIT, J.M. (Eds.) *Victimología teórica y aplicada*, Huygens Editorial, Barcelona, pp. 21-37.

PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 38, núm. 113 (mayo-agosto), 2005, pp. 845-867.

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*, núm. 22, (julio-diciembre), 2016, pp. 173-186.

PÉREZ, L.: “El ‘derecho al olvido’ en la UE”, *Europa Junta*, núm. 143, 2012, pp. 24-28.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2016.

- *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, Editorial Universitas, Madrid, 2012.

- *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

- “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, pp. 495-511.

- “Internet y los derechos humanos”, *Derecho y conocimiento*, Vol. 2, 2002, pp. 101-121.

- “La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada”, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 22, 2000, pp. 59-68.

- “Las generaciones de derechos humanos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Coords.) *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 1, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 359-395.

- “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 203-217.

- “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Anuario II Jornada de Estudio sobre Protección de datos y Derechos fundamentales 1989-1990*, Servicio de Estudios del IVAP, Oñate, 1991, pp. 299-331.

- “Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24 (noviembre-diciembre), 1981, pp. 31-54.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C.: “Nuevas tendencias en la protección procesal de los derechos fundamentales: el habeas data”, en GIMENO SENDRA, J.V., y REGUEIRO GARCÍA, M.T. *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid, 2015, pp. 471-486.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12 (mayo-agosto), 1992, pp. 233-249.

PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Ciberacoso sexualizado y ciberviolencia de género en adolescentes. Nuevo marco regulador para un abordaje integral”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14 (enero-junio), 2019, pp. 42-58.

PERONI, L. y TIMMER, A.: “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085.

PETERS, A.: “Los méritos del constitucionalismo global”, *Revista Derecho del Estado*, núm.40 (enero-junio), 2018, pp. 3-20.

- “The Globalization of State Constitutions” en NIJMAN, J.E. y NOLLKAEMPER, A. (Dir.) *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 251-308.

PINO, G.: “The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights” en HOECKE, M.V. y OST, F. (Eds.): *The Harmonisation of European Private Law*, Hart, Bruselas, 2000, pp. 225-237.

PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Introducción. Redes sociales y privacidad del menor. Temas para el debate”, en PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 15-24.

- “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 61-108.

- “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro” en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L. (Eds.) *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

- “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 19-20, (Ejemplar dedicado a: Protección de datos), 2003, pp. 45-90.

PIÑAR REAL, A.: “Tratamiento de datos de menores de edad”, en PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Barcelona, 2016, pp. 187-203.

PIZARRO MORENO, E.: “Celada al derecho al olvido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 545)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 41, 2016, pp. 327-342.

PIZZETTI, F.: “Il prisma del diritto all’oblio” en PIZZETTI, F. (Dir.) *Il caso del diritto all’oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 21-63.

PLAZA PENADÉS, J.: “Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre protección de datos y derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 35, 2014, pp.17-19.

PONSEILLE, A. : “La peine et le temps”, *Archives de politique criminelle*, Vol. 1, núm. 29, 2007, pp. 69-93.

POPELIER P.: “Europe Clauses and Constitutional Strategies in the Face of Multi-Level Governance”, *Maastricht journal of European and comparative law (The Constitutional Adulthood of Multi-Level Governance)*, Vol. 21, núm. 2, 2014, pp. 300-319.

POST, R.C.: *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, Yale University Press, New Haven-Connecticut, 2012.

- “The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort”, *California Law Review*, Vol. 77, núm. 5, 1989, pp. 957-1010.

POUSO TORRES, E.: “El tratamiento de la imagen en los atentados de ETA. Terrorismo y fotografía en la prensa”, en MANCINAS CHÁVEZ, R. (Coord.) *Comunicación y Desarrollo Social: Actas del I Congreso Internacional Comunicación y pensamiento*, 2016, pp. 755-772.

- *El derecho a la intimidad en la prensa española. Análisis del tratamiento fotográfico en la información de tragedias*, Tesis Doctoral Universidad de Vigo, Vigo, 2016.

POWELL, A., y HENRY, N.: *Sexual Violence in a Digital Age*, Palgrave MacMillan, Melbourne, 2017.

- “Sexual Violence in the Digital Age: The Scope and Limits of Criminal Law”, *Social & Legal Studies*, Vol. 25, núm. 4, 2016, pp. 397-418.

- “Technology-facilitated sexual violence victimization: Results from an online survey of Australian adults”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 34, núm. 17, 2016, pp. 3637–3665.

POWLES, J.: “The Case That Won’t Be Forgotten”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 47, 2015, pp. 583-615.

PRESTON, A.R., and EICHENBAUM, H.: “Interplay of hippocampus and prefrontal cortex in memory”, *Current Biology*, Vol. 23, núm. 15, 2013, pp. 764-773.

PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y del orden público, límite al ejercicio de las libertades públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2005.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

- *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

- *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

PROSSER, W.L.: “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, núm. 3, 1960, pp. 383-423.

PUYOL MONTERO, F.J.: “Los principios del derecho a la protección de datos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Barcelona, 2016, pp. 135-150.

QUESADA AGUAYO, M.S.: “La violencia de género y el ciberacoso en las redes sociales: análisis y herramientas de detección” en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 111-226.

QUINTEROS TURINETTO, A.M., e ISELLA PEROTTI, S.E.: “Atención psicológica de víctimas de atentados masivos extremistas”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 339-375.

RADIN, M.J.: “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1982, pp. 957-1015.

RALLO LOMBARTE, A.: “Una nueva generación de derechos digitales”, *Revista de Estudios Políticos-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núm. 187, 2020, pp. 101-135.

- “El nuevo derecho de protección de datos. A new data protection law”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 2019, pp. 45-74.

- “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía de Nuevos Derechos Digitales” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.133-160.

- “España en la vanguardia de la protección de datos: nuevos retos del reglamento europeo”, en LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Bosch, Madrid, 2019, pp. 79-83.

- “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 39, 2017, pp. 583-610.

- “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 100, 2017, 109, pp. 639-669.

- “Caso Google vs. España. Sentencia del TJUE 13 de mayo de 2014: La garantía del derecho al olvido en internet”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 886, 2014, pp. 8-9.

- *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Cuadernos y Debates núm. 33, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

- “El derecho al olvido en el tiempo de Internet: la experiencia española”, en *Libertà in internet (Fondazione Magna Carta-Jovene Editore)*, núm 1, 2014, pp. 159-192. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/122643>

- “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 85 (septiembre-diciembre), 2012, pp. 13-56.

- “A partir de la protección de datos. El derecho al olvido y su protección”, *TELOS*, núm. 85 (octubre-diciembre), 2010, pp. 104-108.

RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R. (Coords.), *Hacia un nuevo Derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAMÍREZ LEMA, A.: “Daño social en víctimas de delitos violentos”, en MAFFIOLETTI CELEDÓN, F. y CONTRERAS TAIBO, L. (Coords.) *Psicología, Víctimas y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 111-154.

RASCHEL, E.: “Le droit a l’oubli en matière d’infractions pénales”, *La Revue (Actas del Congreso Le droit a l’oubli celebrado el 25 de marzo 2015)*, núm. 8, 2016, pp. 48-58.

RASKAUSKAS J. y STOLTZ A.D.: “Involvement in traditional and electronic bullying among adolescents”, *Developmental Psychology*, Vol. 43, núm. 3, 2007, pp. 564-575.

RASK MADSEN, M., PALMER OLSEN, H., y SADL, U.: “Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation” *University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, núm. 32, 2017, pp. 1-16

RAZ, J.: “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, en ALEXANDER, L. (Ed) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 152-193.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

- “Derechos de la personalidad y datos personales”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 44, 1998, pp. 143-206

REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M.M.: *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2014.

- *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008.

RECIO GAYO, M.: *Protección de datos personales e innovación: ¿(in)compatibles?*, Reus, Barcelona, 2016.

REDPATH, E.: “Between Judgment and Law: Full Faith and Credit, Public Policy and State Records” *Emory Law Journal*, Vol. 62, núm 3, 2013, pp. 639-680.

REIDENBERG, J.R.: “E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy”, *Houston Law Review*, Vol. 38, 2001, pp. 717-749.

REIDENBERG, J.R., RUSSELL, N.C., CALLEN, A., QASIR, S., y NORTON, T: “Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 11, 2015, pp. 485-512.

REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

- *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, editorial Porrúa, México, 2013.

REY, P.J., y BOESEL, E.: “Cyberbullying, Creepshots, and Revenge Porn: Three Case Studies In Augmented Subjectivity”, *Selected Papers of Internet Research- The 15th Annual Meeting of the Association of Internet Researchers*, núm. 15, 2014, pp. 1-3.

REYNOLDS, G.H.: “Penumbra Reasoning on the Right”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, 1992, pp. 1333-1348.

REYNOLDS, W.L.: “The Iron Law of Full Faith and Credit”, *Maryland Law Review*, Vol. 53, núm. 2, 1994, pp. 412-449.

RICHARDS, N.M.: “Reconciling Data Privacy and the First Amendment”, *University of California, Los Angeles Law Review*, Vol. 52, 2005, pp. 1149-1222.

RICHARDS, N.M., y SOLOVE, D.J.: “Prosser’s Privacy Law: A Mixed Legacy”, *California Law Review*, Vol. 98, 2010, pp. 1887-1924.

- “Privacy’s Other Path: Recovering the Law of Confidentiality”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2007, pp. 123-182.

RICOEUR, P: *Memory, History and Forgetting* (trad. BLAMEY, K. y PELLAUER, D.), University of Chicago Press, Chicago, 2006.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “El sentido actual de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.) *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 137-164.

- “El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 100 (septiembre-diciembre) 2017, pp. 347-404.

- “La interdicción de discriminación por razón de sexo en la Constitución española de 1978”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, Valencia, 2014, pp. 493-502.

- “El respeto de la vida privada y familiar en la Constitución Europea” en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.) *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 495-510.

RIDEOUT, C.J.: “Penumbral Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation”, *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, Vol. 7, 2010, pp. 155-191.

RIEFF, D.: *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica* (trad. MAJOR, A.), Penguin Random House, Barcelona, 2017.

RIVAS DE ROCA GARCÍA, R.: “Ética para las imágenes periodísticas: estudio de las portadas de El País y El Mundo en el atentado de Charlie Hebdo”, *Ambitos: Revista Internacional de Comunicación*, núm. 30, 2015, pp. 1-19.

ROBLES UCLÉS, S., GALLEGO ARRUFAT, M.J., y SOLERA ALBERO, C.: “Prevención de la violencia de género en jóvenes universitarias a través de redes sociales”, en DURÁN RUIZ, F.J. y SAID HUNG, E. (Dir.) *TIC y sociedad digital: educación, infancia y derecho*, Comares, Granada, 2015, pp. 162-171.

RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos* (trad. REVUELTA LÓPEZ, J.M.), Trotta, Bolonia, 2014.

- “Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia-Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 35-46

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L.: “Artículo 18.4”, en MONTESINOS PADILLA, C. (Coord.), PÉREZ TREMPES, P. y SÁIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Comentario a la*

Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra, Vol. 1, núm. 1, 2018, pp. 441-454.

- “Relaciones asimétricas”, *TELOS*, núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-6

RODRÍGUEZ, C., MARTÍNEZ-PECINO, R., y DURÁN, M.: “Ciberacoso en la adolescencia y revelación de las agresiones”, *Apuntes de Psicología*, Vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 95-102.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 24 (julio-diciembre), 2015.

- “La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62, núm. 2, 2014, pp. 93-119

ROIG IBATALLA, A.: “El anonimato y los límites a la libertad en internet”, en COTINO HUESO, L. (Coord.) *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 321-335.

ROMBOLI, S.: “‘Los contra-límites en serio’ y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 28, 2017, pp. 1-37.

ROMEO RUIZ, A.: “El derecho al olvido en las administraciones públicas”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 198, 2019, pp. 215-242.

RONAY, J.: “Adults post the darndest things: [ctrl shift] freedom of speech to [esc] our past”, *University of Toledo Law Review*, Vol. 46, núm. 1, pp. 73-94.

ROPERO CARRASCO, J.: “Los delitos de pornografía infantil y de ciberacoso tras las últimas reformas del Código Penal”, en en JORDÀ CAPITÁN, E.R. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dirs.) *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Madrid, 2014, pp. 123-157.

ROSEN, J.: “The Right to Be Forgotten”, *Stanford Law Review Online*, Vol. 64, 2012.

ROSSI, M. *La Memoria Transgeneracional*. Peter Lang, Oxford, 2016.

ROUVROY, A.: “Réinventer l’art d’oublier et de se faire oublier dans la société de l’information?” en LACOUR, S. (Ed.), *La sécurité de l’individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, L’Harmattan, Paris, 2008, pp. 249-278.

ROUVROY, A. y POULLET, Y.: “The right to informational self-determination and the value of self-development: Reassessing the importance of privacy for democracy” en GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C. y NOUWT, S. (Eds.) *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 45-76.

RUBIO ARRIBAS, F.: “Aspectos sociológicos de la transexualidad”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 21, núm. 1, 2009, pp. 1-20.

RUIZ DE MIGUEL, C.: “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 7, núm. 14 (enero-abril), 2003, pp. 7-43.

- “El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español”, *Revista general de derecho*, núm. 607, 1995, pp. 3207-3233

RUOF, M.C.: “Vulnerability. Vulnerable Populations and Policy”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 14, 2004, pp. 411-425.

RUSTAD, M.L., y KULEVSKA, S.: “Reconceptualising the Right to be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow”, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 28, 2015, pp. 349-417.

RYAN, J.: *A History of the Internet and the Digital Future*, London, 2013.

RYNGAERT, C.: *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

SÁBADA CHALEZQUER, C.: “Rasgos configuradores de la generación interactiva en España: retos educativos y sociales”, en JORDÀ CAPITÁN, E.R. y DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (Dir.) *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Madrid, 2014, pp. 9-34.

SABATER FERNÁNDEZ, M.C.: “El debate en torno a la autorregulación de datos y la cancelación de datos en Internet”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, Vol. 1, núm. 1 (julio-diciembre), 2010, pp. 151-168.

SAIZ MORENO, F.: “Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural”, en CORONA FERRERO, J. M, PAU VALL, F. y TUDELA ARANDA, J. (Coords) *La técnica legislativa a debate*, AELPA-Tecnos, Madrid, 1994, pp. 19-48.

SALA ORDOÑEZ, R.: “L’estat embrionari de la violència de gènere digital”, *Món Jurídic: Revista de l’il·lustre Col·legi de l’advocacia de Barcelona*, núm. 323 (junio-julio), 2019, pp. 20-21.

- “La violencia de género digital tratamiento jurídico y percepción social”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 23 (Ejemplar dedicado a: Menores y Redes Sociales II), 2019, pp. 34-40.

SALARELLI, A.: “Diritto all’oblio e archivi online dei quotidiani: alcune considerazioni sulla memoria sociale ai nostri tempi”, *JLIS: Italian Journal of Library, Archives, and Information Science*, Vol. 5, núm. 1 (enero) 2014, pp. 1-20.

SALBU, S.R.: “The European Union Data Privacy Directive and International Relations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, pp. 655-695.

SALDAÑA, M. N.: “The Right To Privacy. La Génesis de la Protección de la Privacidad en el Sistema Constitucional Norteamericano: el Centenario Legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 85 (septiembre-diciembre), 2012, pp. 195-240.

- “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 28, 2011, pp. 273-304.

SALVADOR CODERCH, P: “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, *InDret*, Vol. 2, núm. 208, 2004, pp. 1-28.

SALVIOLI, F.O.: *Introducción a los Derechos Humanos: concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*, Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, Méjico, 2019.

- “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: la relación contemporánea entre los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales”, en CANÇADO TRINDADE, A.A. y otros (Coords.), *O cinquentenário dos dois Pactos de direitos humanos da ONU*, Vol. 1, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza, 2016.

SAMUELSON, K.W.: “Post-traumatic stress disorder and declarative memory functioning: a review”, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, Vol 13, núm. 3, 2011, pp. 346-351.

SAMUELSON, P.: “Protecting Privacy Through Copyright Law?”, en ROTENBERG, M., SCOTT, J., y HORWITZ, J. (Eds): *Privacy in the Modern Age: The Search for Solutions*, The New Press, New York, 2015.

- “Privacy as Intellectual Property?” *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1125-1173

SÁNCHEZ BARRILAO, J.F.: “El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26 (julio-diciembre), 2016, pp. 1-32.

- “El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, *Estudios de Deusto*, núm. 64, núm. 2, pp. 225-258

SÁNCHEZ CARNELLI, L.: “Las garantías constitucionales y el habeas data”, *Revista de derecho público*, núm. 30, 2007, pp. 15-27.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: “El contenido esencial del derecho a la intimidad informática”, *Revista de Ciencias de la Información*, núm. 9, 1994, pp. 183-202.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos el menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 9 (julio-diciembre), 2016, pp. 78-92.

SANCHO LÓPEZ, M.: “El derecho al olvido y el requisito de veracidad de la información. Comentario a la STS de España núm. 12/2019, de 11 de enero (ROJ/19/2019)”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 28 (julio), 2019, pp. 432-443.

- “Nuevas tecnologías, Big Data y derecho al olvido digital: ¿supone el nuevo reglamento europeo de datos personales un cambio de modelo?”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, núm. 7, 2018, pp. 1-26.

- *El derecho al olvido en el big data: nuevos retos para la protección de la privacidad*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2018,

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O.: “Un derecho de palabras y silencios” *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXV, 2019, pp. 181-209.

SANTAULARIA J., JOHNSON M., HART L., HASKETT L., WELSH E., y FASERU B.: “Relationships between sexual violence and chronic disease: a cross-sectional study”, *BMC Public Health*, Vol. 14, 2014, pp. 1286-1293.

SANZ CABALLERO, S.: “Recensión Francesca Ippolito y Sara Iglesias Sánchez (eds.), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2015, 494 pp.”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 20, núm. 53, 2016, pp. 400-404.

- “Presentación”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed) *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 9-14.

SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT, I.: “La dignidad humana como base de los derechos humanos fundamentales: de los escritos de los teólogos-juristas del s. XVI a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en en GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M. (Dirs.) *La Eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones Avanzadas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 593-611.

SARAZÁ JIMENA, R.: *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011

SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

- “Who’s Afraid of the Charter? The Court Of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *Common Market Law Review*, Vol. 50, núm. 5, 2013, pp. 1267-1304.

- *Poder judicial e integracion europea; la construccion de un modelo jurisdiccional para la Union*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

SARRIÓN ESTEVE, J.: “La cuestión territorial en el derecho al olvido tras Google Spain”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J.L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Eds), *El paradigma del gobierno abierto: retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, 2015.

SARTOR, G.: “The Right to be Forgotten: Dynamics of Privacy and Publicity”, en FLORIDI, L. (Ed): *Protection of Information and the Right to Privacy - A New Equilibrium?*, Springer International, Cham, 2014, pp. 14-15.

SAURA, J.R., PALOS SÁNCHEZ, P.R. y DEBASA NAVALPOTRO, F.R.: “El problema de la reputación online y motores de búsqueda: Derecho al olvido”, *Cadernos de derecho actual*, núm. 2018, pp. 221-229.

SCHAUER, F.: “The exceptional First Amendment”, in IGNATIEFF, M. (Ed.), *American exceptionalism and human rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 29-56.

- “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, pp. 1765-1809

SCHEFFEL, E.: “Yahoo, Inc. v. La Ligue Contra Le Racisme et L'Antisemitism: Court Refuses to Enforce French Order Attempting to Regulate Speech Occurring Simultaneously in the U.S. and in France”, *Santa Clara High Technology Law Journal* Vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 549-558.

SCHNEIER, B.: *Data ad Goliath. The Hidden battles to Collect Your Data and Control your World*, W.W. Norton & Company, New York, 2016.

SCHOCK, K. y KNAEVELSRUD, C.: “Retraumatization: The Vicious Circle of Intrusive Memory” en LINDEN, M. y RUTKOWSKI, K. (Eds.) *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013, pp. 59-70.

SCHWARTZ, P.M.: “Global Data Privacy: The EU Way”, *New York University Law Review*, Vol. 94, 2019, pp. 1-31.

- “The EU-U.S. Privacy Collision. A Turn to Institutions and Procedures”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, pp. 1966-2009.

- “Property, Privacy, and Personal Data”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2003, pp. 2055-2128.

- “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, 1999, 1609-1702.

SCHWARTZ, P.M., y PEIFER, N.K.: “Transatlantic Data Privacy Law”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, 2017, pp. 115-179.

SCHWARTZ, P.M., y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy Law*, Michie Law Publisher's, Charlottesville, 1996.

SCOTT, C.E.: “The Five Conceptions of American Liberty”, *National Affairs*, núm. 36, 2018. Disponible en: <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-five-conceptions-of-american-liberty>

SEGOVIA DE ARANA, J.M.: “Memoria y olvido” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 80, 2003, pp. 631-648.

SEISDEDOS POTES, V.: “Derecho al Olvido. Jaque a Google en Europa”, *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 2, 2014, pp. 107-123.

SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M.: “El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2015, pp. 62-71.

SERRA CRISTOBAL, R.: “El control de datos de circulación de personas en la UE como mecanismo de salvaguarda de la seguridad nacional”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 102, 2018, pp. 305-332.

- “Los derechos de la víctima en el proceso penal vs. medios de comunicación. Especial referencia a las víctimas de violencia por motivos de género”, *Revista española de derecho constitucional*, Vol. 35, núm. 103, 2015, pp. 199-230.

SERRANO PÉREZ, M.M.: “El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, pp. 245-265.

- *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003.

SHAPLAND, J. y HALL, M.: “What do we Know about the Effects of Crime on Victims?”, *International Review of Victimology*, Vol. 14, 2007, pp. 175-217.

SHARIFF, S. y HOFF, D.L.: “Cyber bullying: Clarifying legal boundaries for school supervision in cyberspace”, *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 76-118.

SCHÖNENBERG, M.: “Pathological Modes of Remembering: The PTSD Experience”, en en LINDEN, M. y RUTKOWSKI, K. (Eds.) *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013, pp. 71-82.

SHORR, S.: “Note- Personal Information Contracts: How to Protect Privacy Without Violating the First Amendment”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 1756-1850.

SIMITIS, S.: “Reviewing Privacy in an Information Society”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139, 1987, pp. 1609-1702.

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.

- *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

SIRY, L.: “Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two Different Paradigms of the Right to be Forgotten”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 103, núm. 3, 2014-2015, pp. 311-344.

SLANE, A.: “Search Engines and the Right to be Forgotten: Squaring the Remedy with Canadian Values on Personal Information Flow”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 55, núm. 2, 2018, pp. 349-397.

SLONJE, R., SMITH, P. K., y FRISÉN, A.: “The nature of cyberbullying, and strategies for prevention”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 29, núm. 1, 2013, pp. 26-32.

SMET, S.: “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law*, Vol. 26, núm. 1, 2010, p. 191.

SMITH, P. K., MAHDAVI, J. M., FISHER, S., RUSSELL, S., y TIPPETT, N.: “Cyberbullying: Its nature and impact in secondary school pupils”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, Vol. 49, núm. 4, 2008, pp. 376-385.

SMITH, P. K.: “Research on Cyberbullying: Strengths and Limitations” en VANDEBOSCH, H. y GREEN, L. (Eds) *Narratives in Research and Interventions on Cyberbullying among Young People*, Springer, Cham, 2019, pp. 9-27.

SNAYCHUK, L. A., y O’NEILL, M. L.: “Technology-facilitated sexual violence: Prevalence, risk, and resiliency in undergraduate students”, *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, Vol. 29, núm. 1, 2020, pp. 1-16

SOENENS, B. y VANSTEENKISTE, M.: “When Is Identity Congruent with the Self? A Self-Determination Theory Perspective”, en SCHWARTZ, S.J., LUYCKX, K., y VIGNOLES, V.L. (Eds.), *Handbook of Identity Theory and Research*, Springer, New York, 2011, pp. 381-402.

SOLBAKK, J.H.: Vulnerability: A Futile or Useful Principle in Healthcare Ethics? En CHADWICK, R., TEN HAVE, H.A.M., MESLIN, E.M. (Eds) *SAGE Handbook of Health Care Ethics*, 2011. Disponible en: <https://us.sagepub.com/en-us/nam/the-sage-handbook-of-health-care-ethics/book231514>

SOLEY-BELTRAN, P.: “Transexualidad y Transgénero: una perspectiva bioética”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 30 (enero) 2014, pp. 21-39.

- *Transexualidad y la matriz heterosexual*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2009.

SOLOVE, D.J.: *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

- *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, Yale University Press, New Haven, 2007.

- “A taxonomy of privacy” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, núm. 3, 2006, pp. 479-553.

- “Access and Aggregation: Privacy, Public Records and the Constitution”, *Minnesota Law Review*, Vol. 86, núm. 6, 2002, pp. 1137-1209.

- “Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy”. *Stanford Law Review*, Vol. 53, 2001.

SOLOVE, D.J.: SPADE, D.: “Documenting Gender”, *Hastings Law Journal*, Vol. 59, 2008, pp. 731-842.

SORIANO GARCÍA, J.E.: “El presente del derecho al olvido”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 78, 2018, pp. 4-21.

SPADE, D.: “Documenting Gender”, *Hastings Law Journal*, Vol. 59, 2008, pp. 731-832.

SPARROW, B., LIU, J., y WEGNER, D. M.: “Google effects on memory: Cognitive consequences of having information at our fingertips”, *Science*, Vol. 333, núm. 6043, 2011, pp. 776-778.

STAUDE-MÜLLER, F., HANSEN, B. y VOSS, M.: “How stressful is online victimization? Effects of victim’s personality and properties of the incident”, *European Journal of Developmental Psychology*, Vol. 9, núm. 2, 2012, pp. 260-274.

STEEVES, V.: “It's not child's play: The online invasion of children's privacy”, *University of Ottawa Law and Technology Journal*, Vol. 3, núm. 1, 2006, pp.169-188.

STEFAN, O.: “European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects”, *The Modern Law Review*, Vol. 75, núm. 5, 2012, pp. 879-893.

STEINBERG, L.: “Risk Taking in Adolescence: New Perspectives from Brain and Behavioral Science”, *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 16, núm. 2, 2007, pp. 55-59.

STONE, G.R et al.: *Constitutional Law 7^a ed.*, Wolters Kluwer Law and Business, Aspen, 2013.

STORM, B.C., and PATEL, T.N.: “Forgetting as a Consequence and Enabler of Creative Thinking”, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, Vol. 40, núm. 6, 2014, pp. 1594-1609.

STRONG, S.I.: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in U.S. Courts: Problems and Possibilities”, *Review of Litigation*, Vol. 33, 2014, pp. 44-144.

STUTE, D.J.: “Privacy Almighty? The CJEU's Judgment in Google Spain SL v. AEPD”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, núm. 4, 2015, pp. 649-680.

SUÁREZ VILLEGAS, J.C.: “El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad. Gestión de los datos personales en la Red”, *TELOS* (febrero-mayo), 2014, pp. 34-42.

- “Gestión de los datos personales en la Red”, *TELOS*; núm. 97 (febrero-mayo), 2014, pp. 1-12.

SULLIVAN, K.M.: “Two Concepts of Freedom of Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 124, 2010, pp. 143-178.

SVANTESSON, D.: *Private International Law and The Internet*, Wolters Kluwer Internacional, Dordrecht, 2016.

- “The Google Spain case: Part of a harmful trend of jurisdictional overreach”, *EUI Working Paper RSCAS* núm. 45, 2015, pp. 1-21.

- “The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and its Practical Effect on U.S. Businesses”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 50, núm. 1, 2014, pp. 53-102.

- “Fundamental Policy Considerations for the Regulation of Internet Cross-Border Privacy Issues”, *Policy and the Internet*, Vol. 3, núm. 3, 2011.

SZYDLOWSKI, M.: “Gender recognition and the rights to health and health care: Applying the principle of self-determination to transgender people”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 17, núm. 3-4. 2016, pp. 199-211.

SZYMANSKI, D.M. MOFFITT, L.B. y CARR, E.R.: “Sexual Objectification of Women: Advances to Theory and Research”, *The Counseling Psychologist*, Vol. 39, núm. 1, 2011, pp. 6-38.

TADDEO, M. y FLORIDI, L.: “The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers”, *Science and Engineering Ethics*, núm. 22, 2016, pp. 1575-1603

TAJADURA TEJADA, J.: “La ‘desconstitucionalización’ de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa: los límites de la integración diferenciada”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 219-241.

- “Derechos fundamentales e integración europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 58, núm. 1, 2010, pp. 265-285.

TALMON, S.: “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion” *European Journal of International Law*, Vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 417–443.

TAVANI, H.T., y MOOR, J.H., “Privacy Protection, Control Over Information, and Privacy-Enhancing Technologies”, *Computers and Society*, Vol. 31, núm. 1, pp. 6-11.

TENE, O., y POLONETSKY, J.: “Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, 2013, pp. 1-36.

TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, pp. 275-305.

- “Libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa”, en TENORIO SÁNCHEZ, P.J (Dir.): *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

- “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo (Iustel)*, núm. 31, 2013, pp. 1-35.

TERPAN, F.: “Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 2015, pp. 68-96.

THOMAS MCCARTHY, J.: *The Rights of Publicity and Privacy*, Thomson Reuters/Westlaw, Vol. 1, 2018.

- “The Right to Privacy”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 295-315.

THIERER, A.: “A Framework for Responding to Online Safety Risks”, en VAN DER HOF, S., VAN DEN BERG, B. y SCHERMER, B. (Eds.) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Springer, The Hague, 2014, pp. 39-66.

TIROSH, N.: “Reconsidering the ‘Right to be Forgotten’ – memory rights and the right to memory in the new media era”, *Media, Culture & Society* Vol. 39, núm. 5, 2017, pp. 644-660.

TOFFLER, A.: *The Third Wave*, Morrow, 1980.

TOMÁS MALLÉN, B.: “Las Sinergias entre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y el Convenio 108+ del Consejo de Europa” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.) *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 57-94.

- “Privacidad versus seguridad en el ámbito europeo”, en FAYOS GARDÓ, A. y CONDE COLMENERO, P. (Coords.): *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 215-242.

- “Transparencia y protección de datos: nuevos desafíos para la garantía europea de los derechos fundamentales”, en RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R. (Coords.) *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Towards a new European data protection regime*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 819-851.

- *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.

TORRES DEL MORAL, A.: *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Editorial Universitas, Madrid, 2015.

- “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo: principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, p. 91-114.

- *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.

TORRES MANRIQUE, J.I.: “Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 13 (julio – diciembre), 2017.

TORRES PÉREZ, A.: “En defensa del pluralismo constitucional”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords) *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 155-178.

TOVINO, S.A.: “The HIPAA Privacy Rule and the EU GDPR: Illustrative Comparisons”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 47, 2017, pp. 973-993.

TOWNEND, J.: “Data protection and the ‘right to be forgotten’ in practice: a UK perspective”, *International Journal of Legal Information*, Vol. 45, núm. 1, 2017, pp. 28-33.

TRIDIMAS, T.: “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, 2011, pp. 737-756.

TRINIDAD NUÑEZ, P.: “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4., 2012, pp. 125-166.

TRONCOSO REIGADA, A.: “El derecho al olvido digital de los médicos a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre”, *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, núm. 114, 2015, pp. pp. 67-68.

- “El derecho al olvido digital de los médicos a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre”, *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, núm. 114, 2015, pp. pp. 67-68.

- “La historia del derecho a la protección de datos personales”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Coords): *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, núm. 5 (Cultura de la Paz y Grupos vulnerables), 2013, pp. 431-492.

- *La protección de datos personales. En búsqueda de un equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TRUAN, C.: “Prólogo”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Fundación Solventia- Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 7-13.

TRUDEL, P.: “L’oubli en tant que droit et obligation dans les systèmes juridiques civilistes”, *Texto inédito elaborado para la asignatura de Derecho del Ciberespacio*, Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, 2013. Disponible en: <https://pierretrudel.openum.ca/files/sites/6/2016/08/NotesoubliREV-1.pdf>

TRUSCAN, I.: “Considerations of vulnerability: from principles to action in the case law of the European Court of Human Rights”, *Retfærd. Nordic Journal of Law and Justice*, Vol. 36, 2013, pp. 64-83.

TRUSLOW ADAMS, J.: *The Epic of America*, Transactions Publishers, New Brunswick, 1931, ed. 2012.

TSESIS, A.: “Marketplace of Ideas, Privacy, and Digital Audiences”, *Notre Dame Law Review*, 2018.

- “The Right to Erasure: Privacy, Data Brokers and the Indefinite Retention of Data”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 49, 2014, pp. 433-484.

TUFEKCI, Z.: “Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online SocialNetwork Sites”, *Bulletin of Science, Technology & Society*, Vol. 28, núm. 1, 2008, pp. 20-36

TUR AUSINA, R.: “Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 13, 2009, pp. 323-349

- “Cooperación en materia de terrorismo, transferencia de datos personales y privacidad. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2006”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 8, núm. 2, 2006, pp. 219-240.

TURKINGTON, R.C., y ALLEN, A.L.: *Privacy Law. Cases and Materials*, St. Paul, West Group, 2ª ed., 2002.

TUSHNET, R.: “Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment”, *The George Washington Law Review*, Vol. 76, 2008, pp. 101-131.

TUTT, A.: “The revisability principle”, *Hastings Law Journal*, Vol. 66, núm. 4, 2015, pp. 1113- 1159.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: “La eficacia entre particulares de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 39, 2017, pp. 361-386.

- “¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del derecho comunitario? (Reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, núm. 20, 2007, pp. 401-433.

- “El ‘recurso’ a la prejudicial (234 TCE) como ‘cuestión’ de amparo”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 11, 2004, pp. 441-474.

VALCÁRCEL, A: *La memoria y el perdón*. Herder, Barcelona, 2010.

VALENTINUZZI, M.: “Oblivion Phenomenon in Science” *IEEE Pulse*, Vol. 10, núm. 6, 2019, pp. 2019, pp. 20-22.

VALERO TORRIJOS, J.: “Las quiebras en Internet de la regulación legal del derecho a la protección de los datos de carácter personal: la innecesaria superación de un modelo desfasado”, en VALERO TORRIJOS, J. (Coord.) *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 25-64.

VALPIED, J., CINI, A., O'DOHERTY, L., TAKET, A., y HEGARTY, K.: “Sometimes cathartic. Sometimes quite raw: Benefit and harm in an intimate partner violence trial”, *Aggression & Violent Behavior*, Vol. 19, núm. 6, 2014, pp. 673-685.

VAN DEN BERG, B.: “Colouring Inside the Lines: Using Technology to Regulate Children’s Behaviour Online”, en VAN DER HOF, S. et al. (Eds.), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety-Information Technology and Law Series 24*, Springer, La Haya, 2014, pp. 67-85.

VAN DER HOF, S.: “I Agree. . . Or Do I? -A Rights-Based Analysis of the Law on Children’s Consent in the Digital World”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 34, núm. 2, 2017, pp. 102-136.

VAN DER SLOOT, B.: “Do data protection rules protect the individual and should they? An assessment of the proposed General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, Vol. 4, núm. 4, 2014, 307-325.

VANDERSCHANS, A.: "The Role of Name Choice in the Construction of Transgender Identities," *Western Papers in Linguistics*, Vol. 1, núm. 2, 2016.

VARTABEDIAN, J.: “El cuerpo como espejo de las construcciones de género. Una aproximación a la transexualidad femenina”; *Quaderns-e*, núm. 10, 2007, pp. 1-14.

VAVOULA, N.: *Immigration and Privacy in the Law of the European Union – The Case of Databases*, Brill, Leiden, 2019.

- *Computer Law & Security* en MURASZKIEWICZ, J.: “The Role of Technology in the Fight against Human Trafficking: Reflections on Privacy and Data Protection Concerns”, *Review*, Vol. 32, núm. 2, 2016, pp. 205-217.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Derecho al honor en Internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 44, 2017.

VÁZQUEZ GARCÍA, F.: “Del sexo dicotómico al sexo cromático. La subjetividad transgénera y los límites del constructivismo”, *Sexualidad, Salud y Sociedad: Revista Latinoamericana*, núm.1, 2009, pp. 63-88.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, R.: *La protección jurídica de datos personales automatizados*, COLEX, Madrid, 1993.

VERDEJO ESPINOSA, M.A.: “Redes sociales y ciberacoso”, en VERDEJO ESPINOSA, M.A. (Coord) *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 9-48.

VERGOTTINI, G.: *Más allá del diálogo entre tribunales* (trad. TENORIO SÁNCHEZ, P.J.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.

VERMESA, O.y FRIESS, P.: *Internet of Things – Global Technological and Social Trends*, River Publisher, 2011.

VILASAU, M.: “El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm. 18, 2014, pp. 16-32.

- “La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm. 3, 2006, pp. 1-15.

VILLACORTA MANCEBO, L.Q. y VILLACORTA CAÑO-VEGA, A.: *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013.

VILLANI, S.: “Some further reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR data in the light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017”, *Revista de derecho politico (UNED)*, núm. 101, 2018, pp. 899-928.

VILLANUEVA-BLASCO, V.J. y SERRANO-BERNAL, S.: “Patrón de uso de internet y control parental de redes sociales como predictor de sexting en adolescentes: una perspectiva de género”, *Revista de Psicología y Educación*, Vol. 14, núm. 1, 2019, pp. 16-26.

VILLAVERDE MENENDEZ, I.: “La intimidad, ese terrible derecho en la era de la confusa publicidad virtual”, *Chapecó*, Vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 57-72.

- “La intimidad, ese terrible derecho en la era de la confusa publicidad virtual”, *Chapecó*, Vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 57-72.

- “Los otros procesos del amparo judicial ordinario procesos específicos y genéricos”, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y CARMONA CUENCA, E. (Coords) *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 275-300.

- “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41 (mayo-agosto) 1994, pp. 187-224.

VOLOKH, E. y FALK, D.M.: “First Amendment Protection for Search Engine Search Results”, *Google White Paper*, 2012, pp. 1-27.

VOLOKH, E.: “Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking about You”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1049-1124.

VOSS, W.G., y CASTETS-RENARD, C.: “Proposal for an International Taxonomy on the Various Forms of the 'Right to Be Forgotten': A Study on the Convergence of Norms”, *Colorado Technology Law Journal*, Vol. 14, núm. 2, 2016, pp. 281- 344.

WALKER, K., y SLEATH, E.: “A systematic review of the current knowledge regarding revenge pornography and non-consensual sharing of sexually explicit media”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 36, 2017, pp. 9-24.

- “Note – The Right to Be Forgotten”, *Hastings Law Journal*, Vol. 64, núm. 1, 2012, pp. 257-283.

- “Where Everybody Knows Your Name: A Pragmatic Look at the Costs of Privacy and the Benefits of Information Exchange”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 2, n. 1, 2000, pp. 1-50.

WANG, Y., NORCIE, G., KOMANDURI, S., ACQUISTI, A., LEON, P.G., y CRANOR, L.F.: “I Regretted the Minute I Pressed Share: A Qualitative Study of Regrets on Facebook.” *Actas del VII Simposium on Usable Privacy and Security*, celebrado del 20-22 de julio de 2011 en Pittsburgh, Pennsylvania. Disponible en: <https://dl.acm.org/citation.cfm?doi=2078827.2078841>

WARD, A. F.: “Supernormal: How the Internet is changing our memories and our minds”, *Psychological Inquiry*, Vol. 24, núm. 4, 2013, pp. 341-348

WARREN, S.D., and BRANDEIS, L.D.: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, núm. 5, 1890, pp. 193-220.

WEBER, R.H.: “The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora’s Box?”, *JIPITEC*, núm. 2, 2011, pp. 120-130.

WEBER, A.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (trad. Rodríguez Álvarez, J.L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64 (enero-abril), 2002, pp. 79-97.

WEGNER, D.M.: “Transactive memory: a contemporary analysis of the group mind”, en MULLEN B. y GOETHALS G.R. (Eds) *Theories of group behaviour*, Springer Nature, Basel, 1987, pp. 185-208.

WEILER, J.H.H.: *The Constitution of Europe. 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

WEINRICK, H.: *Lethe: the Art and Critique of Forgetting* (trad. RENDALL, S.), Cornell University Press, Ithaca, 2004.

WEINSTEIN, J.: “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, *Virginia Law Review*, Vol. 97, núm. 3, 2011, pp. 491-514.

WEISS, J.T.: “Gender Autonomy, Transgender Identity and Substantive Due Process: Finding a Rational Basis for *Lawrence v. Texas*”, *Journal of Race, Gender and Ethnicity*, Vol. 5, núm. 1, 2010, pp. 2-38.

- “The Gender Caste System: Identity, *Privacy and Heteronormativity*, *Law & Sexuality*, Vol. 10, 2001, pp. 123-186.

WELDON, S.L.: *Protest, Policy and the Problem of Violence Against Women. A cross-national comparison*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2002.

WENSTROM, K.: “Comment What the Birth Certificate Shows”: An Argument to Remove Surgical Requirements from Birth Certificate Amendment Policies” *Law & Sexuality*, Vol. 17, 2008, pp. 131-160.

WERRO, F. (Ed.), *The Right To Be Forgotten, A Comparative Study of the Emergent Right's Evolution and Application in Europe, the Americas and Asia* (Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Vol. 40), Springer, Springer, Cham, 2020.

- “Right to inform vs. the Right to be Forgotten. A Transatlantic Clash”, *Georgetown University Center for Transnational Legal Studies Colloquium Research Paper*, núm. 2, 2009, pp. 285-300.

WESTIN, A.: *Privacy and Freedom*, Atheneum Press, New York, 1967.

WHEATLY, A.: “Do-It-Yourself Privacy: The Need for Comprehensive Federal Privacy Legislation with a Private Right of Action”, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 45, núm. 3, 2015, pp. 265-286.

WHITLEY, C.T.: “Trans-Kin Undoing and Redoing Gender: Negotiating Relational Identity Among Friends and Family of Transgender Persons”, *Sociological Perspectives*, Vol. 56, núm. 4, 2013, pp. 597–621.

WHITMAN, J.Q.: “Consumerism Versus Producerism”, *Yale Law Journal*, Vol. 117, 2007, pp. 340-400.

- “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, *Yale Law Journal*, Vol. 113, núm. 6, 2004, pp. 1151-1221.

WIESBROCK, A.: “Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?”, en IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds) *Protecting Vulnerable Groups The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Portland, 2015, pp. 71-94.

WILSON, M.: “‘I am the Prince of pain, for I am a princess in the brain’: Liminal transgender identities, narratives and the elimination of ambiguities”, *Sexualities*, Vol. 5, 2002, pp. 425-448.

WISCHMEYER, T.: “Faraway, So Close! –A Constitutional Perspective on Transatlantic Data Flow Regulation”, en KAISER, A.B., PETERSEN, N., y SAURER, J. (Eds): *The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law: The Obama Era and its Legacy*, Nomos-Routledge, Baden-Baden.

WOOD, M. BARTER, C., STANLEY, N., AGHTAIE, N. y LARKINS, C.: “Images across Europe: The sending and receiving of sexual images and associations with interpersonal violence in young people's relationships”, *Children and Youth Review*, Vol. 59, 2015, pp. 149-160.

WU, T.: “Machine Speech”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, núm. 6, 2013, pp.1495-1533.

- “Is Internet Exceptionalism Dead?”, en SZOKA, B. y MARCUS, A. (Eds) *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, TechFreedom, Washington D.C., 2010.

XANTHOULIS, N.: “Conceptualizing a Right to Oblivion in the Digital World: A human rights-based approach”, University College London, Londres, 2012, pp. 1-38.

YAKOWITZ BAMBAUER, J.: “Is Data Speech?”, *Stanford Law Review*, Vol. 66, 2014, pp. 57-120.

ZABÍA DE LA MATA, J. (Coord): *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Ed. Lex-Nova, Valladolid, 2008.

ZALNIERIUTE, M.: “Google LLC v. Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL)”, *American Journal of International Law*, Vol.114, núm. 2, 2020, pp. 1-14.

ZÁRATE ROJAS, S.: “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa”, *Nueva Época*, núm. 13 (marzo-mayo), 2013, pp. 1-10.

ZITTRAIN, J.L.: *The Future of the Internet -- And How to Stop It*, Yale University Press y Penguin, New Haven y Londres, 2008.

- “The Generative Internet”, *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2006, pp. 1974-2040.

2. REFERENCIAS INSTITUCIONALES: INFORMES, DICTÁMENES Y OTROS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

AEPD: *La protección de datos como garantía en las políticas de prevención del acoso: recomendaciones de la AEPD*, 2019. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/191107-recomendaciones-sobre-acoso-digital-aepd.pdf>

- *Nota informativa sobre el ejercicio del derecho al olvido* de 15 de marzo de 2016.
- *El derecho fundamental a la protección de datos, Guía para el Ciudadano*, Disponible en: http://www.092cr.net/doc/Guia_ciudadana_proteccion_datos.pdf
- *Declaración sobre buscadores de Internet*, de 1 de diciembre 2007. Disponible en: <https://www.facua.org/es/documentos/declaracionsobrebuscadoresdeinternet.pdf>
- *Guía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, AEPD, Madrid, 2004. Disponible en: <http://datos.redomic.com/Archivos/GuiasUtiles/G33.pdf>

ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATION: *Providing a gender lens in the digital age: APCs submission to the Office of the High Commissioner for Human Rights' Working Group on Business and Human Rights*, 2018. Disponible en: <https://www.apc.org/en/pubs/providing-gender-lens-digital-age-apc-submission-office-high-commissioner-human-rights'-working>

BELL, M.: *Data collection in relation to LGBTI People. Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union*, European Commission-DG Justice and Consumers/Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.

BURTON, C., KUNER, C. y PATERAKI, A.: "The Proposed EU Data Protection Regulation One Year Later", *The Albrecht Report, Bloomberg Privacy and Security Law Report*, 21-01-2013.

DE PINEDO EXTREMERA, E., ALMONACID RAMOS, J.C., TURRERO MARTÍN, M., y GONZÁLEZ PÉREZ, S.: *El acoso y el ciberacoso escolar en el alumnado con discapacidad*, Fundación Once, Madrid, 2019. Disponible en: <https://www.consaludmental.org/publicaciones/Acoso-ciberacoso-escolar-alumnado-discapacidad.pdf>

DE TERWANGNE, C.: *The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013.

DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS: *Informe sobre la situación social del mundo. Vulnerabilidad social: Fuentes y desafíos*, United Nations Publications, Nueva York, 2003.

ESCOBAR ROCA, G.: *Informe 2016 de la Red Iberoamericana de Protección de Datos*, 2016. Disponible en:

http://www.redipd.es/documentacion/otrosdocumentos/common/Primer_informe_Red_Iberoamericana_de_Proteccion_de_Datos.pdf

ESTEBÁNEZ, I. y VÁZQUEZ, N.: *La desigualdad de género y el sexismo en las redes sociales. Una aproximación cualitativa al uso que hacen de las redes sociales las y los jóvenes de la CAPV*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2013. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/noticia/liburua_sexismoa_gazteak_7/es_def/adjuntos/sexismo_gizarte_sareetan_c.pdf

GALETTA, A. y DE HERT, P.: “A European perspective on data protection and access rights”, en NORRIS, C. y L'HOIRY, X. (Coords.) *Deliverable D5: Exercising democratic rights under surveillance regimes*, pp. 1-20. Disponible en: <http://irissproject.eu/wp-content/uploads/2014/06/European-level-legal-analysis-Final1.pdf>

GELLMAN, R. y DIXON, P.: “Many Failures: A Brief History of Privacy Self-Regulation in the United States”, *World Privacy Forum*, 2011, pp. 1-29. Disponible en: <http://www.worldprivacyforum.org/wp-content/uploads/2011/10/WPFselfregulationhistory.pdf>

GENDERIT.ORG: “13 manifestations of gender-based violence online”, *GenderIT*, 12-11-2018. Disponible en: <https://www.genderit.org/resources/13-manifestations-gender-based-violence-using-technology>

GLOBAL PRIVACY ENFORCEMENT NETWORK: *Results of the 2015 Global Privacy Enforcement Network Sweep*, 2015. Disponible en: https://www.privacyenforcement.net/system/files/Annual%20Report%20for%202015_0.pdf

GOLDBERG, R.: “Lack of Trust in Internet Privacy and Security May Deter Economic and Other Online Activities”, *Oficina de desarrollo y análisis de políticas del Departamento de Comercio de los EE.UU.*, 2016. Disponible en: <https://www.ntia.doc.gov/blog/2016/lack-trust-internet-privacy-and-security-may-deter-economic-and-other-online-activities>

HAMMARBERG, T.: *Human Rights in Europe: time to honour our pledges. Viewpoints by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Public Information and Publications Division, Directorate of Communication, Strasbourg, 2009, pp. 21-26.

INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *Guía para el tratamiento de datos personales de víctimas de violencia contra las mujeres*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2015. Disponible en: https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_guias2/es_e_makunde/adjuntos/30.guia.datos.personales.victimas.violencia.pdf

JAMES S.E., HERMAN J.L., RANKIN S., KEISLING, M., MOTTET, L., y ANAFI, M.: *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*, National Center for Transgender Equality, Washington, DC, 2016. Disponible en: <https://www.transequality.org/sites/default/files/docs/USTS-Full-Report-FINAL.PDF>

KAYE, D.: *Informe A/HRC/29/32 del Relator Especial ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión sobre el uso del cifrado y el anonimato para ejercer libertad de opinión y expresión en la era digital* de 22 de mayo de 2015.

LA RUE, F.: *Informe A/69/335 del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión sobre el derecho del niño a la libertad de expresión* de 21 de agosto de 2014.

WPATH, *WPATH Identity Recognition Statement*, 15-11-2017. Disponible en: <https://www.wpath.org/media/cms/Documents/Web%20Transfer/Policies/WPATH%20Identity%20Recognition%20Statement%2011.15.17.pdf>

LIVINGSTONE, S., MASCHERONI, G., ÓLAFSSON, K. y HADDON, L.: *Children's online risks and opportunities: comparative findings from EU Kids Online and Net Children Go Mobile*, LSE, Londres, 2014. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/60513/>.

MADDEN, M.: "Public Perceptions of Privacy and Security in the Post-Snowden Era", *Pew Research Center Survey*, 2014. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/2014/11/12/public-privacy-perceptions/>

OGHIA, M.J.: "Information Not Found: The 'Right to Be Forgotten' as an Emerging Threat to Media Freedom in the Digital Age", *Informe Digital del Centro de Ayuda a Medios de Comunicación Internacionales*, 9-01-2018. Disponible en: <https://www.cima.ned.org/publication/right-to-be-forgotten-threat-press-freedom-digital-age/>

OLMSTEAD, K., y SMITH, A.: "Americans and Cybersecurity", *Pew Research Center Survey*, 2017. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/wp-content/uploads/sites/9/2017/01/Americans-and-Cyber-Security-final.pdf>

PERRY BARLOW, J.: *Declaration of Independence of Cyberspace*. Disponible en: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>

PHILLIPE, J., y GUYON, A.: "Data protection in France: overview", *Practical Law Association of Corporate Council, Global Guide 2015/2016 Data Protection (Country Q&A)*, 2015.

POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS & CONSTITUTIONAL AFFAIRS: *Cyberbullying for Young People*, Parlamento Europeo, Bruselas, 2016.

PONIC, P., VARCOE, C. y SMUTYLO, T.: "Trauma- (and Violence-) Informed Approaches to Supporting Victims of Violence: Policy and Practice Considerations", *Department of Justice: Victims of Crime Research Digest*, núm. 9, 2016. Disponible en: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rd9-rr9/p2.html>

QUESADA AGUAYO, M.S.: "Género y discriminaciones asociadas al hecho de ser mujer" en ROMÁN ONSALO, M. (Coord.) *Manual Agentes de Igualdad*, Diputación de Sevilla, Sevilla, 2009, pp. 29-63.

RAINE, L., KIESLER, S., KANG, R., y MADDEN, M.: “Anonymity, Privacy and Security Online”, *Pew Research Center Report*, 2013. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/2013/09/05/anonymity-privacy-and-security-online/>

RAINIE, L.: “The state of privacy in post-Snowden America”, *Pew Research Center Survey*, 2016. Disponible en: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/09/21/the-state-of-privacy-in-america/>

RED NACIONAL PARA ELIMINAR LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: *Por Qué la Privacidad y la Confidencialidad son Importantes para Víctimas de la Violencia Doméstica y Sexual*, Tech Safety-NNEDV, 2018. Disponible en: <https://www.techsafety.org/por-qu-la-privacidad-son-importantes>

RINGROSE J., GILL R., LIVINGSTONE S. y HARVEY, L.: *A qualitative study of children, young people and ‘sexting’: report prepared for the NSPCC*, 2012, Disponible en: http://www.nspcc.org.uk/Inform/resourcesforprofessionals/sexualabuse/sexting-research-report_wdf89269.pdf

SWEDISH INTERNATIONAL DEVELOPMENT COOPERATION AGENCY (SIDA): *Gender-Based Violence Online Brief*, SIDA, Stockholm, 2019, pp. 1-6. Disponible en: https://www.sida.se/contentassets/97224704b4f643cba3b4fca3d931e576/brief_gender-based_violence_online_sep-2019_webb.pdf

TRANSGENDER EUROPE: *Trans Rights Europe Map & Index 2019*, TGEU, Berlin, 2019. Disponible en : <https://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-map-index-2019/>

WIMMER, K.: “The Long Arm of the European Privacy Regulator: Does the New EU GDPR Reach U.S. Media Companies?”, *Communications Lawyer*, 2017, pp. 16-21. Disponible en: https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2017/09/the_long_arm_of_the_european_privacy_regulator_does_the_new_eu_gdpr_reach_us_media_companies.pdf

WOLAK, J., y FINKELHOR, D.: *Sextortion: Findings from a survey of 1,631 victims*, NH: Crimes Against Children Research Center, Thorn, 2016.

WORLD ECONOMIC FORUM: *Personal data. The emergence of a new asset class*, 2010, p. 5. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf

3. REFERENCIAS PERIODÍSTICAS, BLOGS Y OTROS DOCUMENTOS DE LA WEB

ANDERSON, R.T.: “Sex Reassignment Doesn’t Work. Here Is the Evidence”, *The Heritage Foundation Commentary*, 09-03-2018. Disponible en: <https://www.heritage.org/gender/commentary/sex-reassignment-doesnt-work-here-the-evidence>.

ARTHUR, C.: “Naked celebrity hack: security experts focus on iCloud backup theory”, *The Guardian*, 01-09-2014. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2014/sep/01/naked-celebrity-hack-icloud-backup-jennifer-lawrence>

BALL, J.: “Costeja González and a memorable fight for the 'right to be forgotten’”, *The Guardian*, 14-05-2014. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/blog/2014/may/14/mario-costeja-gonzalez-fight-right-forgotten>

BARBA, A.: “Cultura de la cancelación”, *El País*, 06-12-2019. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/12/04/opinion/1575479967_372184.html

BBC News “Four questioned in Italy after woman's suicide over sex video”, *BBC News: Europe*, 15-09-2016. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-37377286>.

BEL CACHO, D.: “La Huella Digital y el Derecho al Olvido en Internet”, *En Entornos Digitales*, 16-12-2014, disponible en: <https://www.socialnautas.es/la-huella-digital-y-el-derecho-al-olvido-en-internet/>

BURKE, T.R., ADLER, D.A., DORAN, A.K., y WYRWICH, T.: “California’s “Online Eraser” Law for Minors to Take Effect Jan. 1, 2015”, *Davis Wright Tremaine LLP. Advisory Publication*, 17-11-14. Disponible en: <https://www.dwt.com/californias-online-eraser-law-for-minors-to-take-effect-jan-1-2015-11-17-2014/>

CASTRO, N: “Google borra los datos filtrados de la víctima de ‘La Manada’”, *El Plural*, 04-05-2018. Disponible en: https://www.elplural.com/sociedad/google-borra-los-datos-filtrados-de-la-victima-de-la-manada_127319102

CEPD: “Danish DPA set to fine furniture company”, *CEPD: Noticias Nacionales*, 11-06-2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/danish-dpa-set-fine-furniture-company_en

- “Data State Inspectorate of Latvia imposes a financial penalty of 7000 euros against online retailer”, *CEPD: Noticias Nacionales*, 03-09-2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/data-state-inspectorate-latvia-imposes-financial-penalty-7000-euros-against_en

- “Polish DPA: Withdrawal of consent shall not be impeded”, *CEPD: Noticias Nacionales*, 06-11-2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/polish-dpa-withdrawal-consent-shall-not-be-impeded_en

CHIARINI, A.: “I was a victim of revenge porn. I don’t want anyone else to face this”, *The Guardian*, 19-11-2013. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/19/revenge-porn-victim-maryland-law-change>

CLAYPOOLE, T.F.: “Can We Really Forget?”, *The National Law Review*, 01-10-2019. Disponible en: <https://www.natlawreview.com/article/can-we-really-forget>

COLLINS, K.: “Rapes tied to online dating on the rise”, *CNet*, 08-02-2016. Disponible en: <https://www.cnet.com/news/uk-sees-increase-in-rapes-relating-to-online-dating/>

CUNNINGHAM, A.: “COVID-19 kills more men than women. The immune system may be why”, *ScienceNews*, 23-04-2020. Disponible en: <https://www.sciencenews.org/article/coronavirus-covid-19-kills-more-men-than-women-why-immune-system>

D'ARCANGELO, L.: “What's in a Name? For Some Trans People, Everything”, *Vice News*, 18-11-2016. Disponible en: https://www.vice.com/en_us/article/8ge5ga/whats-in-a-name-for-some-trans-people-everything

DANS, E.: “Sobre anonimato y redes sociales” *ED Blog*, 06-08-2011. Disponible en: <https://www.enriquedans.com/2011/08/sobre-anonimato-y-redes-sociales.html>

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO: Comunicado de Prensa núm. 3/2018 de 20 de febrero de 2018 titulado *Ombudsman launches 'fast-track' complaint procedure for access to documents*. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/press-release/en/89910>

DETERMANN, L.: “Broad data and business regulation, applicable worldwide”, *IAPP Privacy Tracker News*, 2-07-2018. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/analysis-the-california-consumer-privacy-act-of-2018/>

DURÁN, L.F., FERNÁNDEZ GARCÍA, S. y NÚÑEZ VILLAVEIRÁN, L.: “Una empleada de Iveco se suicida tras viralizarse en la empresa un vídeo sexual”, *ELMundo*, 29-05-2019. Disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2019/05/28/5ced493efdddffb0758b48fb.html>

EL CONFIDENCIAL: “Google borra las pistas que permiten identificar a la víctima de ‘La Manada’”, *El Confidencial*, 04-05-2018. Disponible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/vivir/Google-permiten-identificar-victima-Manada/20180503174719089349.html>

EUROPAPRESS, “7 de cada 10 personas con discapacidad creen que las nuevas tecnologías facilitan su inclusión laboral”, *EuropaPress*, 11-07-2019. Disponible en: <https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-cada-10-personas-discapacidad-creen-nuevas-tecnologias-facilitan-inclusion-laboral-20190711163228.html>

- “Primera sentencia del TC sobre 'derecho al olvido': buscar con nombres propios en hemeroteca digital vulnera derechos”, *Europapress-España*, 26-06-2018. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-primera-sentencia-tc-derecho-olvido-buscar-nombres-propios-hemeroteca-digital-vulnera-derechos-20180626114815.html>

FACEBOOK: *Community Standards*, Facebook, 2018. Disponible en: <https://www.facebook.com/communitystandards/>

FACENNA. G.Q.C., METCALFE, E. yTAPIE, G.: “Google v CNIL: Court of Justice limits territorial scope of the Right to be Forgotten”, *Mockton Chambers- Case News*, 24-

09-2019. Disponible en: <https://www.monckton.com/google-v-cnll-court-of-justice-limits-territorial-scope-of-the-right-to-be-forgotten/>

FARRELL, H., y NEWMAN, A.: “The Transatlantic Data War”, *Foreign Affairs* (Feb. 2016). Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2015-12-14/transatlantic-data-war>

FLEISCHER, P.: “Reflecting on the Right to be Forgotten”, *Google in Europe Blog: the Keyword*, 9-11-2016. Disponible en: <http://blog.google/topics/google-europe/reflecting-right-be-forgotten/>

- *Foggy thinking about the Right to Oblivion*, 9-3-2011. Disponible en: <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>

FRA: *Lesbian, gay, bisexual and transgender rights Overview*. Disponible en: https://fra.europa.eu/fraWebsite/lgbt-rights/lgbt-rights_en.htm#3

- *EU Charter of Fundamental Rights: Article 8 - Protection of personal data*. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/8-protection-personal-data#TabCaseLaw>

GARCÍA HERRERÍA, C.: “José Luis Piñar: “El derecho al olvido exige un balance de intereses”, *Diario Exterior: Análisis y Opinión*, 25-06-2014. Disponible en: <https://www.eldiarioexterior.com/jose-luis-pinar-el-derecho-44000.htm>

GATTUSO, J.: *Europe’s Latest Export to America: Internet Censorship*, 19-09-2015. Disponible en: <https://www.heritage.org/technology/report/europes-latest-export-america-internet-censorship>

GOLDBERG, C.: “How Google has destroyed the lives of revenge porn victims”, *New York Post*, 17-08-2019. Disponible en: <https://nypost.com/2019/08/17/how-google-has-destroyed-the-lives-of-revenge-porn-victims/>

GOLDMAN, E.: “California's Latest Effort To 'Protect Kids Online' Is Misguided And Unconstitutional”, *Forbes*, 30-09-2013. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/09/30/californias-latest-effort-to-protect-kids-online-is-misguided-and-unconstitutional/>

GÓMEZ, A.: “Los adolescentes entre 11 y 14 años son los más acosados por internet en España”, *ABC-Tecnología*, 26-07-2017. Disponible en: https://www.abc.es/tecnologia/abci-adolescentes-entre-11-y-14-anos-representan-mayor-tasa-ciberacoso-201707261422_noticia.html

GORDON CROVITZ, L.: *Get Used To It—The Internet Is Forever*, Nov. 10, 2010. Disponible en: <https://nationalpost.com/full-comment/l-gordon-crovitz-embargoed-til-tuesday>

GRAVITZ, L.: “The forgotten part of memory. Long thought to be a glitch of memory, researchers are coming to realize that the ability to forget is crucial to how the brain

works”, *Nature*, 24-07-2019. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02211-5>

GUDE, E.: “El derecho de rectificación, una cuestión de medida”, *Diario Jurídico*, 14-5-2013. Disponible en: <https://www.diariojuridico.com/el-derecho-de-rectificacion-una-cuestion-de-medida/>

HARRISON, A.: “Revenge Porn: Protected by the Constitution?”, *The Journal of Gender, Race & Justice Blog*, Vol. 18, 2015/2016. Disponible en: <https://jgrj.law.uiowa.edu/article/revenge-porn-protected-constitution>

HENDEL, J.: “Why Journalists shouldn’t Fear Europe’s Right to be Forgotten”, *The Atlantic*, 25-01-2012. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/01/why-journalists-shouldnt-fear-europes-right-to-be-forgotten/251955>

HERNÁNDEZ BORBOLLA, M.: “Censura y control de internet: ¿qué poder y alcance tienen Facebook, Google y Twitter?”, *RT*, 17-09-2019. Disponible en: <https://actualidad.rt.com/actualidad/327362-censura-control-internet-poder-redes-sociales>

HIMES, M.: “Transgender Identity and the Significance of Name-Changing”, *Mavishimes.com*, 19-12-2016. Disponible en: <http://www.mavishimes.com/transgender-identity-and-the-significance-of-name-changing/>

JACOBO, J.: “New York teacher allegedly fired over topless selfie threatens to sue school”, *ABC News*, 02-04-2019. Disponible en: <https://abcnews.go.com/US/york-teacher-allegedly-fired-topless-selfie-threatens-sue/story?id=62114085>

JIMÉNEZ CANO, R.: “El rey del porno vengativo, condenado a dos años de cárcel. Tendrá que indemnizar con 145 dólares a cada víctima y pasará tres años con acceso limitado a Internet”, *El País*, 7-12-2015. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2015/12/05/estados_unidos/1449298747_554805.html

KAYE, K.: “New Privacy Report Already Removed from White House Site”, *Ad-Age*, 20-1-2017. Disponible en: <https://adage.com/article/privacy-and-regulation/privacy-report-removed-white-house-site/307632/>

KELION, L.: “Google wins landmark right to be forgotten case”, *BBC news*, 24-09-2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-49808208>

KELLER, D.: “Global Right to be Forgotten Delisting. Why CNI is Wrong”, *CIS Blog*, 18-11-2016. Disponible en: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2016/11/global-right-be-forgotten-delisting-why-cnii-wrong>

KING, E.W.: “The Trademark Functionality Doctrine: Recast for Comprehension”, *American Bar Association Publications*, 29-06-2017. Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2012_13/september_october_2012/the-trademark-functionality-doctrine-recast-comprehension/

LANCET EDITORIAL “Violence against women: ending the global scourge”, *The Lancet*, Vol. 381, 2013, p. 2135. Disponible en: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(13\)61222-2.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(13)61222-2.pdf)

LEISER, M. y SCHERMER, B.: “GC & others vs CNIL and Google: This is a special case”, *European Law Blog*, 20-11-2019. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2019/11/20/gc-others-vs-cnil-and-google-this-is-a-special-case/>

LIM, S.: “Breaking Online Gender-Based Violence”, *GENDERIT*, 06-06-2018. Disponible en: <https://www.genderit.org/articles/breaking-online-gender-based-violence>

L.O.: “Los profesores, cada vez más acosados por el Whatsapp de padres e hijos”, *La Opinion de Murcia*, 27-01-2017. Disponible en: <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2017/01/27/profesores-vez-acosados-whatsapp-padres/801199.html>

LÓPEZ, A.: “El mal llamado Derecho de Rectificación”, *Blog Alopezletrado*, 3-2014. Disponible en: <http://www.alopezletrado.com/2014/03/el-mal-llamado-derecho-de-rectificacion.html>

LORENZO, A.: “Mario Costeja González: «Yo nunca he defendido el derecho al olvido en Internet» Pide la supresión de información que pueda perjudicar a una persona”, *La Voz de Galicia*, 15-05-2014. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2014/05/15/mario-costeja-gonzalez-nunca-defendido-derecho-olvido-internet/0003_201405G15P37991.htm

LOZANO, V.: “Un ultraderechista, acusado por difundir una foto de la víctima de 'La manada' tomada durante la violación”, *El Periódico*, 21-08-2019. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20190821/ultraderechista-acusado-difundir-foto-victima-la-manada-violacion-7599930>

MADISON, J.: “Essay on Property”, *The National Gazette*, 29-03-1792. Disponible en: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch16s23.html>

MAEZTU, D.: *La historia del artículo 18.4 de la Constitución*, 2015. Disponible en: <https://www.derechoynormas.com/2015/12/la-historia-del-articulo-184-de-la.html>

MANJOO, F.: “State of the Art. ‘Right to Be Forgotten’ Online Could Spread”, *New York Times*, 05-08-2015. Disponible en: https://www.nytimes.com/2015/08/06/technology/personaltech/right-to-be-forgotten-online-is-poised-to-spread.html?_r=0

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “A la muerte por protección de datos”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-03-2020. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/a-la-muerte-por-proteccion-de-datos/>

- “Protección de datos y violencia de género”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-04-2017. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero/>

- “Protección de datos y violencia de género. Calidad de los datos”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-04-2017. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero3/>

- “Principios de protección de datos y violencia de género. Transparencia”, *Blog: LOPD y Seguridad*, 11-04-2017. Disponible en: <http://lopdyseguridad.es/violencia-de-genero2/>

MCCOY, T.: “4chan: The 'shock post' site that hosted the private Jennifer Lawrence photos”, *The Washington Post*, 02-09-2014. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fnews%2fmorning-mix%2fwp%2f2014%2f09%2f02%2fthe-shadowy-world-of-4chan-the-shock-post-site-that-hosted-the-private-jennifer-lawrence-photos%2f%3f&utm_term=.83ec5d01b673

MCHUGH, P.: “Transgender Surgery Isn't the Solution A drastic physical change doesn't address underlying psycho-social troubles”, *The Wall Street Journal Commentary*, 13-05-2016. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/paul-mchugh-transgender-surgery-isnt-the-solution-1402615120>

MEDIAVILLA, D.: “El 60% de las personas transgénero sufre depresión. Un especial de la revista médica 'The Lancet' pide que se tomen medidas para eliminar el estigma que agrava los problemas de salud de más de 25 millones de personas en el mundo”, *El País*, 28-06-2016. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/06/27/ciencia/1467025701_741836.html

MESEGUER GONZÁLEZ, J.D.: “Tratamiento y protección penal contra el ciberacoso escolar o cyberbullying”, *ElDerecho*, 17-12-2012. Disponible en: <https://elderecho.com/tratamiento-y-proteccion-penal-contra-el-ciberacoso-escolar-o-cyberbullying>

MIJATOVI, D.: *3rd Communication on Open Journalism*, Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), núm. 1/2016. Disponible en: <https://www.osce.org/fom/219391?download=true>

MUÑIZ, M.J.: “Internet como derecho básico”, *Diario de León*, 07-04-2020. Disponible en: <https://www.diariodeleon.es/articulo/innova/internet-como-derecho-basico/202004070132222002510.html>

OTTO, C.: “El infierno de la 'sextorsión': Mi exnovio llenó internet de fotos mías desnuda”, *El Confidencial*, 03-07-2017. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-07-03/sextorsion-porno-vengativo-porn-revenge-delitos_1406269/

PAUL-CHOUDHURY, S.: “Digital legacy: The fate of your online soul”, *New Scientist*, 19-04-2011. Disponible en: <https://www.newscientist.com/article/mg21028091-400-digital-legacy-the-fate-of-your-online-soul/>

PIÑAS MAÑAS. J.L.: “La protección de datos durante la crisis del coronavirus”, *Abogacía Española*, 20-03-2020. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-proteccion-de-datos-durante-la-crisis-del-coronavirus/>

PITA, E.V.: “Una profesora de Derecho: «El Concello de Vigo o la Xunta deberían dar tarjetas de datos a gente sin Internet»”, *La Voz de Galicia*, 10-04-2010. Disponible en: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/vigo/vigo/2020/04/10/concello-vigo-xunta-deberian-dar-tarjetas-datos-gente-internet/0003_202004V10C2993.htm

POSNER, E.: “We All Have the Right to Be Forgotten. Europe is ahead of the United States in repairing the damage to privacy the Internet—and especially Google—has wrought”, *Slate*, 14-05-2014. Disponible en: <https://slate.com/news-and-politics/2014/05/the-european-right-to-be-forgotten-is-just-what-the-internet-needs.html>

REARDON, M.: “Senate Dems introduce 'privacy bill of rights'. The lawmakers say the legislation would protect the personal data of American consumers in the wake of the Facebook-Cambridge Analytica scandal”, *C-Net*, 10-4-2018. Disponible en: <https://www.cnet.com/news/senate-dems-introduce-privacy-bill-of-rights/>

RENDUELES, L.: “Un vecino de Barcelona seguidor de la Legión difundió los datos y la foto de la víctima de 'La manada””, *El Periódico*, 22-10-2018. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20181022/vecino-barcelona-seguidor-legion-difundio-datos-fotos-victima-manada-7103178>

RINCÓN, R.: “El Constitucional extiende el derecho al olvido a las hemerotecas digitales”, *El País*, 26-06-2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/06/26/actualidad/1530007122_707929.html

RITCHIE, H. y ROSER, M.: “Technology Adoption”, *OurWorldInData.org*, 2020. Disponible en: <https://ourworldindata.org/technology-adoption>

ROBINSON, N.: “Assault DVD suspects may all face charges”, *The Australian*, 09-11-2006. Disponible en: www.theaustralian.news.com.au/story/0,20867,20642653-5006785,00.html

RODRÍGUEZ, A.: “Publicar o no publicar, el eterno debate de las imágenes con víctimas de atentados”, *Hipertextual: Sociedad*, 2017. Disponible en: <https://hipertextual.com/2017/08/etica-imagenes>

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T.: “El derecho al olvido”, *TEDxUPValència*, 2016. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=FkjMaJ8aNQA&t=84s>

ROGERS, K.: “Leslie Jones, Star of ‘Ghostbusters,’ Becomes a Target of Online Trolls”, *The New York Times*, 19-07-2016. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/07/20/movies/leslie-jones-star-of-ghostbusters-becomes-a-target-of-online-trolls.html>

ROMERO, P.: “Socorro: Quiero salir de la Red”, *El Mundo*, 04-03-2012. Disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/20/navegante/1329749908.html>

ROTENBERG, M., citado por LAPOWSKY, I.: “What's Left for Congress to Ask Big Tech Firms? A Lot”, *Wired:Business*. Disponible en: <https://www.wired.com/story/congress-privacy-hearing-big-tech-questions/>

RTVE, “Derecho al olvido en internet. Cinco años de una sentencia pionera ‘para olvidar””, *RTVE Noticias: Ciencia y tecnología*, 13-05-2019. Disponible en:

<http://www.rtve.es/noticias/20190513/cinco-anos-sentencia-pionera-para-olvidar/1936360.shtml>

- “La Justicia francesa condena por "acoso moral" a exdirectivos de France Telecom en el caso de los suicidios”, *RTVE*, 20-12-2019. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20191220/exdirector-france-telecom-condenado-a-anode-carcel-15000-euros-multa-ola-suicidios/1994158.shtml>

SÁNCHEZ, L.J.: “El derecho al olvido se consolida como uno de los recursos de los ciudadanos para la defensa de sus derechos”, *Confilegal*, 09-02-2020, Disponible en: <https://confilegal.com/20200209-el-derecho-al-olvido-se-consolida-como-uno-de-los-recursos-de-los-ciudadanos-para-la-defensa-de-sus-derechos/>

- “¿Cómo garantizar la seguridad de las víctimas de violencia de género desde la protección de datos?”, *Confilegal*, 17-04-2017. Disponible en: <https://confilegal.com/20170417-como-garantizar-la-seguridad-de-las-victimas-de-violencia-de-genero-desde-la-proteccion-de-datos/>

SANCHO, X.: “San Google”, *El País*, 21 de febrero de 2016. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/02/19/estilo/1455888392_717428.html

SANDELL, S.: “Dating Apps, Rape and the Lack of Safety in Online Dating”, *HuffPost Blog*, 24-02-2016.

SARABIA, D.: “Las redes y el armario: cómo la tecnología ha ayudado al colectivo LGTB”, *El Diario*, 29-06-2016. Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/tecnologia-ayudado-colectivo-LGTB-sociedad_0_531597490.html

SCHNEIER, B.: “The Eternal Value of Privacy”, *Wired*, May 18, 2006. Disponible en: https://www.schneier.com/essays/archives/2006/05/the_eternal_value_of.html

SELYUKH, A.: “The New Clash Between Internet and Privacy. Section 230: A Key Legal Shield For Facebook, Google Is About To Change”, *NRP-All Tech Considered*, 21-03-2018. Disponible en: <https://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2018/03/21/591622450/section-230-a-key-legal-shield-for-facebook-google-is-about-to-change>

SHEARMAN, S.: “Cyberbullying in the workplace: 'I became paranoid'”, *The Guardian*, 30-03-2017. Disponible en: <https://www.theguardian.com/careers/2017/mar/30/cyberbullying-in-the-workplace-i-became-paranoid>

SICCARDI, X.: “La bloguera Lovely Pepa se derrumba tras recibir más de 70.000 mensajes de odio en 8 años”, *La Vanguardia*, 06-11-2019. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/muyfan/20180126/44293573979/lovely-pepa-acoso-mensajes-odio-youtube-alexandra-pereira.html>

SIERRA, I.: “Lovely Pepa planta cara al bullying y consigue cerrar el foro de Vogue que la vapuleaba”, *WATMag*, 26-01-2018. Disponible en: <https://www.thewatmag.com/influencers/lovely-pepa-planta-cara-al-cyberbullying-y-consigue-cerrar-el-foro-de-vogue-que-la-vapuleaba>

- SIPE, M.: “The Market for Privacy”, *Yale Journal of Law & Technology Blog*, 2018. Disponible en: <https://yjolt.org/blog/market-privacy>
- SUSARLA, A.: “Hate cancel culture? Blame algorithms”, *The Conversation*, 28-01-2020. Disponible en: <https://theconversation.com/hate-cancel-culture-blame-algorithms-129402>
- SWISHER, K. “Introducing the Internet Bill of Rights. Democrats promise that if they win back the House, they will start regulating Silicon Valley”, *New York Times*, 4-10-2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/10/04/opinion/ro-khanna-internet-bill-of-rights.html>
- “White House. Red Chair. Obama Meets Swisher”, *RE/CODE*, 15-02-2015. Disponible en: <http://www.recode.net/2015/2/15/11559056/white-house-red-chair-obama-meets-swisher>
- TALK OF THE NATION: “Should Teachers Be Disciplined For Online Lives?”, *NPR*, 10-04-2012. Disponible en: <https://www.npr.org/2012/04/10/150361223/should-teachers-be-disciplined-for-online-lives?t=1586122158489>
- THIERER, A. y SZOKA, B.: “Cyber-Libertarianism: The Case for Real Internet Freedom”, *Technology Liberation Front*, 12-8-2009. Disponible en: <https://techliberation.com/2009/08/12/cyber-libertarianism-the-case-for-real-internet-freedom/>
- TOOBIN, J.: “The Solace of Oblivion”, *The New Yorker*, 29-09-2014. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2014/09/29/solace-oblivion>
- URÍAS, J.: “Publicar fotos de muertos y heridos”, *Al revés y al derecho*, 04-09-2017. Disponible en: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5018>
- VAAS, L.: “New York’s ‘unconstitutional’ right to be forgotten bill sparks concern”, *Naked Security*, 22-03-2017. Disponible en: <https://nakedsecurity.sophos.com/2017/03/22/new-yorks-unconstitutional-right-to-be-forgotten-bill-sparks-concern/>
- VAIDHYANATHAN, S.: “Surprised about Mark Zuckerberg's secret meeting with Trump? Don't be”, *The Guardian*, 22-11-2019. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/nov/22/surprised-about-mark-zuckerbergs-secret-meeting-with-trump-dont-be>
- VALDES, I.: “La Fiscalía investiga el suicidio de una empleada de Iveco tras la difusión de un vídeo sexual”, *El País*, 30-05-2019. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/05/29/actualidad/1559112195_230127.html
- VARGAS, N.G.: “El acoso laboral: la “tortura del gota a gota” que sufre un 13% de la población española”, *El Diario*, 26-01-2020. Disponible en: https://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/acoso-laboral-canarias-tortura-poblacion-espanola_0_988302029.html
- VASCO GÓMEZ, A.: “Seguimiento de dispositivos a través de geolocalización y Covid-19”, *Noticias Jurídicas*, 16-04-2020. Disponible en:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15060-seguimiento-de-dispositivos-a-traves-de-geolocalizacion-y-covid-19/>

WALKER, K.: “A principle that should not be forgotten”, *Google in Europe Blog: the Keyword*, 19-05-2016. Disponible en: <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/a-principle-that-should-not-be-forgotten/>

WERRO, F. citado por HENDEL, J.: “In Europe, a Right to Be Forgotten Trumps the Memory of the Internet”, *Atlantic* 03-02-2011. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/02/in-europe-a-right-to-be-forgotten-trumps-the-memory-of-the-internet/70643/>

WERTZ, J.: “How Businesses And Influencers Are Monetizing Instagram”, *Forbes*, 31-12-2019. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/jiawertz/2020/12/31/how-businesses-and-influencers-are-monetizing-instagram/>

WINTON, R.: “Revenge porn? Rob Kardashian posts sexually explicit images supposedly of Blac Chyna on social media”, *LA Times*, 06-07-2017. Disponible en: <https://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-revenge-porn-kardashian-20170705-story.html>

WOODS, A.K.: “Three Things to Remember from Europe’s ‘Right to Be Forgotten’ Decisions”, *LAWFARE Blog*, 01-10-2019. Disponible en: <https://www.lawfareblog.com/three-things-remember-europes-right-be-forgotten-decisions>

ZAX, D.: “Will There Ever Be An “Internet Erase Button?””, *MIT Technology Review*, 27-04-2011. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/s/423855/will-there-ever-be-an-internet-erase-button/>

- “Common Sense Media Calls For New Policy Agenda To Protect Kids And Teens’ Privacy Online”, *Common Sense Media*, 2-12-2010. Disponible en: <https://www.common sense media.org/about-us/news/press-releases/common-sense-media-calls-for-new-policy-agenda-to-protect-kids-and>

ZITTRAIN, J.: “Don’t Force Google to ‘Forget’”, *The New York Times*, 14-05-2014. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-forcegoogle-to-forget.html? r=0>

4. FUENTES FILOSÓFICAS, LITERARIAS Y OTRAS REFERENCIAS ARTÍSTICAS

ARISTÓTELES: *Política*, Libro I, Cap. I. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03017.htm>

BENEDETTI, M.: *El olvido está lleno de memoria*, Visor, Madrid, 1995.

BORGES, J.L.: “Funes el Memorioso”, en *Ficciones. El Aleph. El Informe Brodie (1942)*, Destino, Barcelona, 2009.

COEHLO, P.: *Aleph* (2011), Vintage Espanol, Madrid, 2012.

- *La Quinta Montaña* (1996), Ed. Planeta, Barcelona, 2015.

ECHEGOYEN OLLETA, J.: “Kant”, *Historia de la Filosofía. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna*, Editorial Edinumen. Disponible también en: <https://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-Libertad.htm>

LEWIS, C.S.: *The Weight of Glory* (1949), Harper Collins, New York, 2001, pp. 181-183

- *Essay on Forgiveness (1947)*, Macmillan, London, 1960, pp. 1-2. Disponible en: <http://www.graceseattle.org/uploads/documents/Forgiveness-Essay-Lewis.pdf>

MANDELA, N.: Discurso al recibir el premio a la libertad del Museo Nacional de los Derechos Civiles, Memphis, Tennessee, 22 de noviembre de 2000. Disponible en: http://db.nelsonmandela.org/speeches/pub_view.asp?pg=item&ItemID=NMS919

MARX, R.: “Right Here Waiting” en *Repeat Offender. [CD]* Magic Record, Salt Lake City, Utah, 1989.

NIETZSCHE, F.: *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida: II Intempestiva* (trad. CANO, G.) Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

ROUSSEAU, J.J.: “Émile ou de l’éducation”, en *Oevres complètes IV*, Editions Gallimard, Dijon, 1980, libro IV.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN: INSTRUMENTOS VINCULANTES (HARD-LAW) E INSTRUMENTOS PROGRAMÁTICOS (SOFT-LAW)

1. INTERNACIONAL

- Principios Yokarta 10+. Principios Adicionales y Obligaciones Estatales sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género para Complementar los Principios de Yogyakarta de 2017.
- OMS: *Respuesta a la violencia de pareja y a la violencia sexual contra las mujeres Directrices de la OMS para la práctica clínica y las políticas*, OMS, Italia, 2013. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85240/9789241548595_eng.pdf?sequence=1
- OMS: *ICD-11*. Disponible en: <https://www.who.int/classifications/icd/en/>
- Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género de 2007.
- Resolución A/RES/61/143 de la Asamblea General adoptada el 19 de diciembre de 2006, haciendo referencia a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 y su Protocolo Facultativo
- OCDE, *Resumen Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos Personales*, Dirección de Relaciones Públicas y Comunicaciones OCDE, París, 2002.
- Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

2. EUROPEA

2.1. Consejo de Europa

- Protocolo al Convenio nº 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 18 de mayo de 2018.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011.
- Carta Social Europea Revisada de 3 de mayo de 1996.
- Convenio Europeo sobre Indemnizaciones a Víctimas de Delitos Violentos de 24 de noviembre de 1983.

- Convenio nº 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981.
- Informe explicativo del Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
- Resolution PACE 2048 (2015) Discrimination against transgender people in Europe de 22 abril de 2015.
- Resolution 1946 Equal access to health care of 26 June 2013.
- Resolution 1884 Austerity measures- a danger for democracy and social rights of 26 June 2012.
- Resolution 1637 Europe's boat people: mixed migration flows by sea into Southern Europe of 28 November 2008.
- Resolution 1509 Human rights of irregular migrants of 27 June 2006.
- Recommendation CM/Rec (2010)5 to member states on Measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, de 31 de marzo de 2010.
- Recommendation 1862 Environmentally induced migration and displaced: a 21st century challenge of 30 January 2009.
- Recommendation 1802 Situation of longstanding refugees and displaced persons in South-Eastern Europe of 27 June 2007.
- Recommendation 1371 Abuse and neglect of children of 28 April 1998.

2.2. Unión Europea

- Tratado de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000.
- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957.
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951.
- Reglamento 2018/1725/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) 45/2001 y la Decisión 1247/2002/CE.
- Reglamento 2016/679/UE 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).

- Reglamento 2006/2004/CE sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

- Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

- Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

- Directiva 2016/681/UE de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave

- Directiva 2016/680/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

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

- Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

- Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

- Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los

derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

- Directiva 2006/24/EC sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

- Directiva 2002/52/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

- Directiva 2000/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

- Directiva 97/66/EC relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

- Decisión marco 2008/977/JAI relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

- Reglamento del Consejo núm. 168/2007 de 15 de febrero de 2007, por el que se establece la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- Resolución 2017/2209(INI) del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2018.

- Resolución 2017/2068(INI) del Parlamento Europeo de 3 de octubre de 2017, sobre la lucha contra la ciberdelincuencia.

- Resolución 2010/2209(INI) del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres.

- COM(2018) 43 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018” de 24 de enero de 2018.
- COM(2018) 22 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de Educación Digital de 17 de enero de 2018.
- COM(2017) 555 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea” de 29 de septiembre de 2017.
- COM(2017) 7 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado”, de 10 de enero de 2017.
- COM(2014) 027 final. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.
- COM(2012) 196 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños” de 2 de mayo de 2012.
- COM(2012) 9 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones “La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”, de 25 de enero de 2012.
- COM(2011) 60 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europea y el Comité de las Regiones “Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño” de 15 de febrero de 2001.
- COM(2010) 245 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Digital para Europa”, de 19 de mayo de 2010.
- COM(2006) 367 final. Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia” de 4 de julio de 2006.
- COM(2004) 693 final Comunicación de la Comisión “La Agencia de Derechos Fundamentales”, de 25 de octubre de 2004.
- Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el trabajo digital en el ámbito de la juventud de 10 de diciembre de 2019.
- EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy of 25 June 2012.

- Decisión núm. 2017/2269 de 7 de diciembre de 2017, que establece un marco plurianual del 2018-2022 para la FRA. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/about-fra/what-we-do/areas-of-work/multi-annual-framework-2018>

- *El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*. Versión española disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510>

- DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO: *The Ombudsman's policy on the provision of information to the third-party data subject in a complaint or an inquiry* de 16 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/document/en/70851>

- *Informe Anual 2018*, publicado el 14 de mayo de 2019, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/annual/es/113728>

EIGE: *Cyber violence against women and girls*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017. Disponible en: <https://eige.europa.eu/publications/cyber-violence-against-women-and-girls>

- FRA: *Handbook on European law relating to cybercrime and fundamental rights*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Más información disponible en: <https://fra.europa.eu/en/project/2018/handbook-european-law-relating-cybercrime-and-fundamental-rights>

- *Fundamental Rights Report 2019*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, pp. 153-166. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-fundamental-rights-report-2019_en.pdf

- *The General Data Protection Regulation – one year on Civil society: awareness, opportunities and challenges*, 2019. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-gdpr-one-year-on_en.pdf

- *Manual de legislación europea en materia de protección de datos. Edición de 2018*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf

- *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-biometrics-fundamental-rights-eu_en.pdf

- *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU - Volume II: field perspectives and legal update*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-surveillance-intelligence-services-vol-2_en.pdf

- *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-interoperability-eu-information-systems_en-1.pdf

- *Violence against women: an EU-wide survey. Main Results*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf

- *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf

- *EU LGBT survey European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey. Main results*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014, Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-eu-lgbt-survey-main-results_tk3113640enc_1.pdf

- *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf

- *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf

- *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010, Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf

- *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2009, Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf

- GRUPO DE TRABAJO ART. 29: *Directrices sobre la implementación del fallo del Tribunal Europeo de Justicia en el caso ‘Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos Personales y Mario Costeja González’* el 26 de noviembre de 2014.
 - *Dictamen 2/2009 de 11 de febrero relativo a la protección de los datos personales de los menores (Directrices Generales y específicas para el caso de las escuelas)*. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp160_en.pdf

3. ESPAÑOLA

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

4. ESTADOUNIDENSE

- California Consumer Privacy Act –CCPA– (2018).
- Customer Online Notification for Stopping Edge-provider Network Transgressions Act (2018).
- Do Not Track Kids Act –DNTKA– (2018).
- Gramm-Leach-Bliley Act –GLBA– (1999).
- Children's Online Privacy Protection Act –COPPA– (1998).
- Health Insurance Portability and Accountability Act –HIPAA– (1996).
- Video Privacy Protection Act –VPPA– (1988).
- Computer Fraud and Abuse Act –CFAA– (1986).
- Electronic Communications Privacy Act of –ECPA– (1986).
- Family Educational Rights and Privacy Act –FERPA– (1974).
- Privacy Act –PACT– (1974).

- Fair Credit Reporting Act –FCRA- (1970).
- Freedom of Information Act –FOIA- (1966).
- U.S. Bankruptcy Code (2011).
- Restatement (Second) of Torts Sec. 652A (1977).
- California Assembly Bill No. 375, Cap. 55 (2018).
- State of New York Assembly Bill A05323 (2017).
- Senate Bill No. 568 (2013).

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA

Tribunal Europeo De Derechos Humanos

- STEDH *P. and S. v. Poland*, de 30 de octubre de 2012.
- STEDH *Aleksey Ovchinnikov v. Russia*, de 16 de diciembre de 2010.
- STEDH *CC. contra España*, de 6 de octubre de 2010.
- STEDH *Lindon Otchakovsky-Laurens y July v. Francia*, de 22 de octubre de 2007.
- STEDH *Karhuvaara y Iltalehti v. Finlandia*, de 16 de noviembre de 2004.
- STEDH *Gaskin v. the United Kingdom*, de 7 julio de 1989.

EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Tribunal De Justicia De La Unión Europea

- Asunto C-507/18, *NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, STJUE de 23 de abril de 2020
- Asunto C-803/18, *BALTA*, STJUE de 27 de febrero de 2020.
- Asunto C-708/18, *TK v. Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, STJUE de 11 de diciembre de 2019.
- Asunto C-233/18, *Haqbin*, STJUE de 12 de noviembre de 2019.
- Asunto C-197/18, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland y otros*, STJUE de 3 de octubre de 2019.
- Asunto C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Planet49 GmbH*, STJUE de 1 de octubre de 2019.
- Asunto C-507/17, *Google LLC v. CNIL*, STJUE de 24 de septiembre de 2019.
- Asunto C-136/17, *GC y Otros v. CNIL*, STJUE de 24 de septiembre de 2019.
- Asunto C-467/18, *Rayonna prokuratura Lom*, STJUE 19 de septiembre de 2019.
- Asunto C-38/18, *Gambino y Hyka*, STJUE de 29 de julio de 2019.
- Asuntos acumulados C-582/17 y C-583/17, *H.*, STJUE de 2 de abril de 2019.
- Asunto C-129/18, *SM (Enfant placé sous kafala algérienne)*, STJUE de 26 de marzo de 2019.
- Asunto C-345/17, *Sergejs Buivids y Datu valsts inspekcija*, STJUE 14 de febrero de 2019.
- Asunto C-496/17, *Deutsche Post AG y Hauptzollamt Köln*, STJUE de 16 de enero de 2019.
- Asunto C-393/18 PPU, *UD*, STJUE de 17 de octubre de 2018.

- Asunto C-652/16, *Ahmedbekova*, STJUE de 4 de octubre de 2018.
- Asunto C-15/17, *Bosphorus Queen Shipping*, STJUE de 11 de julio de 2018.
- Asunto C-25/17, *Tietosuojavaltuutettu Jehovan todistajat - uskonnollinen yhdyksunta*, STJUE 10 de julio de 2018.
- Asunto C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept y Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, STJUE de 5 de junio de 2018.
- Asunto C- 210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein y Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, Facebook Ireland Ltd, Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht*, STJUE de 5 de junio de 2018.
- Asunto C-323/17, *People Over Wind y Sweetman*, STJUE de 12 de abril de 2018.
- Asunto C-550/16, *A y S*, STJUE de 12 de abril de 2018.
- Asunto C-473/16, *F y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, STJUE de 25 de enero de 2018.
- Asunto C- 434/16, *Peter Nowak y Data Protection Commissioner*, STJUE de 20 de diciembre de 2017.
- Asunto C-42/17, *Taricco II*, STJUE de 5 de diciembre de 2017.
- Asunto C-413/15, *Farrell*, STJUE de 10 de octubre de 2017.
- Asunto C-73/16, *Peter Puškár, v. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky y Kriminálny úrad finančnej správy*, STJUE 27 de septiembre de 2017.
- Asunto C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, STJUE de 19 de julio de 2017.
- Asunto C-13/16 *Valsts Rīgas Policijas reģiona pārvaldes Kārtības Policijas pārvalde pašvaldības y Rīgas SIA "Rīgas Satiksme*, STJUE de 4 de mayo de 2017.
- Asunto C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni*, STJUE de 9 de marzo de 2017.
- Asunto C-638/16 PPU, *X y X*, STJUE de 7 de marzo de 2017.
- Asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB (C-203/15) y Post- och telestyrelsen, y Secretary of State for the Home Department (C-698/15) y Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*, STJUE de 21 de diciembre de 2016.
- Asunto C-443/15, *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, STJUE de 24 de noviembre de 2016.
- Asunto C-548/15, *de Lange*, STJUE de 10 de noviembre de 2016.
- Asunto C-504/14, *Comisión/Grecia*, STJUE de 10 de noviembre de 2016.
- Asunto C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, STJUE de 19 de octubre de 2016.
- Asunto C-547/14, *Philip Morris Brands y otros*, STJUE de 4 de mayo de 2016.

- Asunto C-186/14 P, *ArcelorMittal Tubular Products Ostrava y otros/Hubei Xinyegang Steel Co.*, STJUE 7 de abril de 2016.
- Asunto C-251/14, *Balázs*, STJUE de 15 de octubre de 2015.
- Asunto C-362/14, *Schrems v. DP Commissioner*, STJUE de 6 de octubre de 2015.
- Asunto C-230/14, *Weltimmo s.r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információs szabadság Hatosag*, STJUE 1 de octubre de 2015.
- Asunto C-201/14, *Smaranda Bara and Others v. Casa Națională de Asigurări de Sănătate and Others*, STJUE de 1 de octubre 2015.
- Asunto C-105/14, *Taricco I*, STJUE de 8 de septiembre de 2015.
- Asunto C-615/13, *ClientEarth, Pesticide Action Network Europe v. European Food Safety Authority, European Commission*, STJUE de 16 de julio de 2015.
- Asunto C-212/13, *František Ryneš v. Úřad pro ochranu osobních údajů*, STJUE 11 de diciembre de 2014.
- Asunto C-169/14, *Sánchez Morcillo y Abril García*, STJUE de 29 de agosto de 2014.
- Asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, *YS v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v. M and S*, STJUE de 17 de julio de 2014.
- Asunto C-338/13, *Noorzia*, STJUE de 17 de julio de 2014.
- Asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014.
- Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Seitlinger y otros*, STJUE de 8 de abril de 2014.
- Asunto C-93/12, *Agrokonsulting-04*, STJUE de 27 de junio de 2013.
- Asunto C-81/12, *Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, STJUE de 25 de abril del 2013.
- Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*, STJUE de 11 de abril de 2013.
- Asunto C-617/10, *Åkerberg Fransson*, STJUE de 26 de febrero de 2013.
- Asunto C-399/11, *Melloni*, STJUE de 26 de febrero de 2013.
- Asunto C-152/11, *Odar*, STJUE de 6 de diciembre de 2012.
- Asunto C-356/11, *O. y S.*, STJUE de 6 de diciembre de 2012.
- Asunto C-614/10, *Comisión v. Austria*, STJUE de 16 de octubre de 2012
- Asunto C-92/12 PPU, *C.*, STJUE de 26 de abril de 2012.
- Asunto C-341/08, *Petersen*, STJUE 12 de enero de 2012.
- Asunto C-507/10, *X*, STJUE 21 de diciembre de 2011.
- Asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing*

Directo (FECEMD) contra Administración del Estado, sentencia de 24 de noviembre de 2011.

- Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, STJUE de 24 noviembre de 2011.

- Asunto T-82/09, *Gert-Jan Dennekamp v. European Parliament*, STGUE de 23 de noviembre de 2011.

- Asunto C-141/11, *Prigge*, STJUE de 13 de septiembre de 2011.

- Asunto C-297/10, *Hennigs y Mai*, STJUE de 8 de septiembre de 2011.

- Asunto C-324/09, *L'Oréal y otros*, STJUE de 12 de julio de 2011.

- Asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, STJUE de 22 de diciembre de 2010.

- Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen y Eifert v. Land Hessen y Bundesamt für Landwirtschaft und Ernährung*, STJUE de 9 de noviembre de 2010.

- Asunto C-205/09, *Emil Eredics y Mária Vassné Sápi*, STJUE de 21 de octubre de 2010.

- Asunto C-28/08, *Comisión Europea v. Bavarian Lager Co Ltd.*, STJUE de 29 de junio de 2010.

- Asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, STJUE de 3 de junio de 2010.

- Asunto C-446/08, *Solgar Vitamin's France y otros*, STJUE de 29 abril de 2010.

- Asunto C-518/07, *Comisión v. Alemania*, STJUE de 9 de marzo de 2010.

- Asunto C-555/07, *Küçükdeveci*, STJUE de 19 de enero de 2010.

- Asunto C-88/08, *Hütter*, STJUE de 18 de junio de 2009.

- Asunto C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v. M.E.E. Rijkeboer*, STJUE de 7 de mayo de 2009.

- Asunto C-509/07, *Scarpelli*, STJUE de 23 de abril de 2009.

- Asunto C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, STJUE de 16 de diciembre de 2008.

- Asunto C-303/06 *Coleman*, STJUE de 17 de julio de 2008.

- Asunto C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV*, STJUE de 10 de julio de 2008.

- Asunto C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, STJUE de 14 de febrero de 2008.

- Asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España, S.A.U.*, STJUE de 29 de enero de 2008.

- Asunto C-411/05, *Palacios de la Villa*, STJUE de 16 de octubre de 2007.

- Asunto C-467/05, *Giovanni Dell'Orto*, STJUE de 28 de junio de 2007.

- Asunto C-388/07, *Age Concern England*, STJUE de 5 de marzo de 2007.
- Asunto C-524/06, *Huber v. Alemania*, STJUE de 16 de diciembre de 2006.
- Asunto C-13/05 *Chacón Navas*, STJUE de 11 de julio de 2006.
- Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *European Parliament v Council of the European Union (C-317/04) and Commission of the European Communities (C-318/04)*, STJUE de 30 de mayo de 2006.
- Asunto C-423/04, *Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions*, STJUE de 27 de abril de 2006.
- Asunto C-144/04, *Mangold*, STJUE 22 de noviembre de 2005.
- Asunto C-105/03, *Pupino*, STJUE de 16 de junio de 2005.
- Asunto C-36/02, *Omega*, STJUE de 14 de octubre de 2004.
- Asunto C-117/01, *K.B. y National Health Service Pensions Agency*, STJUE 7 de enero de 2004.
- Asunto C-101/01, *Criminal proceedings against Bodil Lindqvist*, STJUE de 6 de noviembre de 2003.
- Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof v. Osterreichischer Rundfunk*, STJUE de 20 de mayo de 2003.
- Asunto C-200/98, *X AB*, STJUE de 21 de marzo de 2000.
- Asunto C-36/73, *First Nederlandse Spoorwegen*, STJUE de 18 de noviembre de 1999.
- Asunto C-13/94, *P. contra S. y Cornwall County Council*, STJUE de 30 de abril de 1996.
- Asunto C-150/85, *Drake*, STJUE de 24 de junio de 1986.
- Asunto C-106/77, *Simmenthal*, STJUE de 9 de marzo de 1978.
- Asunto C-43/71, *Politi*, STJUE de 14 de diciembre de 1971.
- Asuntos C-11/70, *InternationaleHandelsgesellschaft*, STJUE de 17 de diciembre de 1970.
- Asunto C-29/69, *Erich Stauder v City of Ulm*, STJUE de 12 de noviembre de 1969.
- Asunto C-61/65, *Vaassen Gobbels*, STJUE de 30 de junio de 1966.
- Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017.

Supervisor Europeo de Protección de Datos

- Dictamen de 27 de julio de 2015 titulado *Europe's big opportunity EDPS recommendations on the EU's options for data protection reform*. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-10-09_gdpr_with_addendum_en.pdf
- Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el paquete legislativo relativo a las víctimas de la delincuencia, incluida la propuesta de Directiva por la que

se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y la propuesta de 9 de febrero de 2012. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/11-10-17_victims_of_crime_es.pdf

- Dictamen de 14 de enero de 2011 titulado *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union”*. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/11-01-14_personal_data_protection_en.pdf

- *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1)*, de 2 de diciembre de 2019. Disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201905_rtbsearch_engines_forpublicconsultation.pdf

- *Guidelines on the Rights of Individuals with regard to the Processing of Personal Data*. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-02-25_gl_ds_rights_en.pdf

- *Guidelines concerning the processing of personal data during the selection of confidential counsellors and the informal procedures for cases of harassment in European institutions and bodies*, de febrero de 2011. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/11-02-18_harassment_guidelines_en.pdf

- Nota de Prensa *Accident investigation in civil aviation: EDPS insists on ensuring confidentiality of data from persons involved in accidents* de 4 de febrero de 2010. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2010-02_civil_aviation_en.pdf

Comité Europeo de Protección de Datos

- *European Data Protection Board Rules of Procedure*, reglamento adoptado el 25 de mayo de 2018 y cuya última modificación se ha realizado el 29 de enero de 2020.

Disponible en:

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_rop_version_6_adopted_20200129_en.pdf

Defensor del Pueblo Europeo

- Resolución de la queja núm. 379/2020/NH de 24 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/decision/en/126092>

- Resolución de la queja 1476/2019/EWM de 29 de noviembre de 2019.

Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/122165>

- Resolución de la queja 1936/2018/FP de 29 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/111885>

- Resolución queja núm. 124/2018/NF de 14 de marzo de 2018. Disponible en:
<https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/91179>

EN ESPAÑA

Tribunal Constitucional

- STC 76/2019, de 22 de mayo.
- STC 58/2018, de 4 de junio.
- STC 19/2014 de 10 de febrero.
- STC 7/2014, de 27 de enero.
- STC 199/2013, de 5 de diciembre.
- STC 114/2006 de 5 de abril.
- STC 14/2003 de 28 de enero.
- STC 185/2002 de 14 de octubre.
- STC 99/2002 de 6 de mayo.
- STC 46/2002 de 25 de febrero.
- STC 139/2001 de 18 de junio.
- STC 81/2001 de 26 de marzo.
- STC 292/2000 de 30 de noviembre.
- STC 290/2000 de 30 de noviembre.
- STC 115/2000 de 5 de mayo.
- STC 112/2000 de 5 de mayo.
- STC 202/1999, de 8 de noviembre.
- STC 192/1999 de 25 de octubre.
- STC 154/1999 de 14 de septiembre.
- STC 144/1999, de 22 de julio.
- STC 134/1999 de 15 de julio.
- STC 18/1999 de 22 de febrero.
- STC 94/1998, de 4 de mayo.
- STC 11/1998, de 13 de enero.
- STC 190/1996 de 25 de noviembre.
- STC 28/1996 de 26 de febrero.
- STC 143/1994, de 9 de mayo.

- STC 57/1994 de 28 de febrero.
- STC 254/1993 de 20 de julio.
- STC 253/1993, de 20 de julio.
- STC 223/1992 de 14 diciembre.
- STC 85/1992 de 8 de junio.
- STC 20/1992 de 14 de febrero.
- STC 197/1991 de 17 de octubre.
- STC 172/1990 de 12 de noviembre.
- STC 171/1990 de 12 de noviembre.
- STC 150/1990, de 4 de octubre.
- STC 231/1988 de 2 de diciembre.
- STC 6/1988, de 21 de enero.
- STC 81/1987 de 26 de marzo.
- STC 159/1986, de 16 de diciembre.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 110/1984 de 26 de noviembre.
- STC 2/1982, de 29 de enero.
- SSTC 11/1981 de 8 de abril.
- STC 6/1981, de 16 de marzo.
- ATS 3168/2018 de 4 de abril.
- Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional.
- Nota Informativa núm. 60/2018 de 25 de junio de 2018.

Tribunal Supremo

- STS núm. 12/2019, de 11 de enero.
- STS núm. 96/2017, de 2 de febrero.
- STS núm. 210/2016 de 5 de abril.
- STS núm. 574/2016, de 14 de marzo.
- STS núm. 545/2015 de 15 de octubre.
- STS núm. 478/2014 de 2 de octubre.
- STS núm. 7412/2012 de 13 de noviembre.
- STS núm. 8876/2011 de 6 de octubre.

- STS núm. 6128/2006 de 26 de septiembre de 2007.

Audiencia Nacional

- SAN 514/2019.
- SAN 4476/2018.
- SAN 2938/2012.
- SAN 1295/2010.
- SAN 725/2010.

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona núm. 364/2014.
- SAP de Barcelona, núm. 86/2013.

Agencia Española de Protección de Datos

- Resolución 358/2019.
- Resolución 307/2019.
- Resolución 301/2019.
- Resolución 146/2019.
- Resolución 1680/2010.
- Resolución 1135/2009.
- Resolución 337/2009.
- Resolución 1046/2007.
- Resolución 692/2007.
- Informe jurídico núm. 451/2006.
- Informe jurídico núm. 434/2006.
- Recomendaciones La protección de datos como garantía en las políticas de prevención del acoso de 2019.
- Nota informativa sobre el ejercicio del derecho al olvido de 15 de marzo de 2016.

EN ESTADOS UNIDOS

Tribunales a nivel federal:

Tribunal Supremo

- *McBurney v. Young*, 569 U.S. 221 (2013).
- *Clapper v. Amnesty International USA*, 568 U.S. 398 (2013).
- *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012).
- *National Aeronautics and Space Administration v. Nelson*, 562 U.S. 134, 138 (2011).
- *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 U.S. 2667 (2011).
- *Snyder v. Phelps*, 131 U.S. 1207, 1219 (2011).
- *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 392–93 (2010).
- *National Archives v. Favish*, 541 U.S. 157 (2004).
- *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- *Trans Union Corp. v. Federal Trade Commission* 536 U.S. 915 (2002).
- *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 535 US 234 (2002).
- *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 532 (2001).
- *City of Erie v. Pap's AM* 529 US 277 (2000).
- *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).
- *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476, 481 (1995).
- *RAV v. City of St. Paul, Minnesota*, 505 US 377 (1992).
- *Milkovich v. Lorain Journal*, 497 U.S., 1 (1990).
- *Texas v. Johnson*, 491 US 397, 418 (1989).
- *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 541 (1989).
- *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749-769 (1989).
- *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).
- *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 322 (1988).
- *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).
- *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200 (1987).
- *Dun y Bradstreet v. Greenmoss Builders* 472 U.S. 749, 761-762 (1985).
- *Strickland v. Washington* 466 U.S. 668 (1984).
- *Connick v. Myers*, 461 U. S. 138, 145 (1983).
- *New York v. Ferber* 458 US 747 (1982).
- *Smith v. Daily Mail Publishing*, 443 U.S. 97, 105–06 (1979).
- *First National Bank of Boston v. Bellotti* 463 U.S. 765, 776-777 (1978).
- *Nixon v. Warner Communications, Inc.* 435 U.S. 589 (1978).

- *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 US 43, 44 (1977).
- *Whalen v. Roe*, 429, US 589 (1977).
- *Oklahoma Publishing Co. v. District Court* 430 U.S. 308 (1975).
- *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 420 U.S. 469, 487 (1975).
- *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- *Doe v. McMillan* 412 U.S. 306 (1972).
- *United States v. White*, 401 U.S. 745, 763-765 (1971).
- *Brandenburg v Ohio*, 395 US 444 (1969).
- *Katz v. Estados Unidos*, 389 U.S. 347 (1967).
- *Curtis Publishing Company v. Butts*, 388 U.S. 130, 162 (1967).
- *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- *Times Inc. v. Hill* 385 U.S. 374, 387-388 (1967).
- *Rosenblatt v. Baer* 383 U.S. 75, 86 (1966).
- *Grisworld v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).
- *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269 (1964).
- *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 49 (1961).
- *Roth v. Estados Unidos*, 354 US 476 (1957).
- *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).
- *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).
- *Schenk v. Estados Unidos*, 249 US 47 (1919).
- *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886).
- *Carlisle v. United States*, 83 U.S. 147, 151 (1873).
- *Ex parte Garland*, 71 U.S 333, 380-381 (1866).
- *United States v. Wilson*, 21 U.S. 150, 160-161 (1833).

US Court of Appeals & US District Courts

- *Detroit Free Press II v. United States Department of Justice*, 829 F.3d 478, 480 (6th Cir. 2016).
- *Dahlstrom v. Sun-Times Media, LLC.*, 777 F.3d 937 -7th Cir.- (2015).
- *Bland v. Roberts*, 730 F.3d 368, 386 -4th Cir.- (2013).
- *World Publishing Company v. U.S. Department of Justice*, 672 F.3d 825, 827-828 -10th Cir.- (2012).
- *Estados Unidos v. Warshak* [631 F.3d 266 (6th Cir. 2010).

- *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 433 F.3d 1199 -9th Cir- (2006).
- *Marketing Services., Inc. v. FTC*, 358 F.3d 1228, 1232-33 (10th Cir. 2004).
- *Phillips v. Grendahl* 312 F.3d 357, 365-67 (8th Cir. 2002).
- *O’Kane v. United States Customs Service*, 169 F. 3d 1308, 1310 -11th Circ- (1999).
- *U.S. West, Inc. v. FCC* 182 F.3d 1224, 10th Cir. (1999).
- *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F3d 1232-1234 -7th Cir.- (1993).
- *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F3d 1222 -7th Cir.- (1993).
- *United States v. Johnson*, 941 F.2d 1101, 1111 (10th Cir. 1991).
- *United States v. Sweeny*, 914 F.2d 1260, 1262 (9th Cir. 1990).
- *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203, 7th Cir. (1989).
- *Douglass v. Hustler Magazine, Inc.*, 769 F.2d 1128, 1135 -7th Cir.- (1985).
- *J.P. v. DeSanti*, 653 F.2d 1088, 1090 (6th Cir. 1981).
- *United States v. Westinghouse Elec. Corp.*, 638 F.2d 570, 578 (3d Cir. 1980).
- *Geisler v. Petrocelli*, 616 F.2d 636, 639 -2d Cir.- (1980).
- *United States v. Edler Indus., Inc.*, 579 F.2d 516, 520–21 (9th Cir. 1978).
- *Sidis v. F-R Pub. Corp.*, 113 F2d 806 (2d Cir. 1940).

Tribunales a nivel estatal:

- *Swendrak v. Urode*, B27175 -Cal. App- (2017).
- *Jean Pierre-Paul v. ESPN, Inc.* No. 16-21156 – U.S. Southern District Court of Florida- (2016).
- *Bloomgarden v. U.S. Department of Justice*, No. 12-0843 –D.D.C.- (2016).
- *Hartzell v. Cummings* No. 150103764, -Pennsylvania Ct. Com. Pl.- (2015).
- *Klayman v. Obama*, 800 F.rd 559 (D.C. Cir. 2015).
- *Pineapple Antitrust Litigation* No. 1:04-md, 1628 -S.D.N.Y.- (2015).
- *Zhang v. Baidu*, 10 F. Supp 3d 433, 436-438 -S.D.N.Y- (2014).
- *G.D. v. Kenny* 15 A.3d, 205 N.J. 300-302 -N.J.- (2011).
- *Thompson v. Doe*, No. 2010CV183037, -Ga. Super. Ct.- (2010).
- *D.C. v. Harvard-Westlake Sch.*, 98 Cal. Rptr. 3d 300 -Cal. Ct. App.- (2009).
- *Jews for Jesus, Inc., v. Rapp*, 997 So.2d 1098, 1114 –Florida- (2008).
- *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622, 629-630 –D.Del.- (2007).
- *Langford v. Sessions*, No. 03-255 (CKK) -D.D.C.- (2005).

- *Albright v. Morton*, 321 F. Supp. 2d 130, 136 -D. Mass. (2004).
- *Steven Gates v. Discovery Communications Inc.*, 34 Cal.4th 679, 21 Cal.Rptr.3d 663 (2004).
- *DVD Copy Control Ass'n v. Bunner* 75 P.3d 1 (Cal. 2003).
- *Uranga v. Federated Publ'ns, Inc.*, 67 P.3d 29, 31 –Idaho- (2003).
- *Prince v. Out Publ'g*, No. B140475, 2002 WL 7999 -Cal. Ct. App.- (2002).
- *Heekin v. CBS Broadcasting, Inc.*, 789 So. 2d 355 -Fla. Dist. Ct. App.- (2001).
- *Dominick v. Index Journal Co.*, No. 99-CP-24-370, 2001 WL 1763977 -S.C. Ct. Com.Pl.- (2001).
- *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme*, 145 F.Supp.2d 1168, 1180 -N.D.Cal.- (2001).
- *Simpson v. Burrows*, 90 F. Supp. 2d 1108, 1131 -D. Oregon- (2000).
- *Times Picayune Publishing Corporation v. United States Department of Justice*, 37 F. Supp. 2d 472 (E.D. La. 1999).
- *Shulman v. Group W. Productions, Inc.*, 955 P.2d 469 -Cal.- (1998).
- *Weaver v. Nebo Sch. Dist.*, 29 F.Supp. 2d 1279, 1284 -D. Utah- (1998).
- *Schuler v. McGraw-Hill Cos.*, 989 F. Supp. 1377 -D.N.M.- (1997).
- *Doe v. S.B.M.*, 488 S.E.2d 878, 880 -S.C. Ct. App- (1997).
- *Bernstein v. U.S. Dep't of State*, 922 F. Supp. 1426 (N.D. Cal. 1996).
- *Nazeri v. Missouri Valley Coll.*, 860 S.W.2d 303, 312 –Montana- (1993).
- *Diaz v. Oakland Tribune*, 139 Cal. App. 3d 118 (1983).
- *Manola v. Stevens & Myers, Sup. Ct. N.Y. County* (1980).
- *Schomer v. Smidt*, 170 Cal. Rptr. 662 -Cal. Ct. App.- (1980).
- *Briscoe v. Reader's Digest Association*, 4 Cal. 3d 529, 483 P.2d 34, 93 Cal. Rptr. 866 (1971).
- *Cason v. Baskin*, 20 So. 2d 243 –Florida- (1944).
- *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285, 291-292 (1931).
- *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68, 80 –Georgia- (1905).

OTROS TRIBUNALES

- Corte Suprema de Canadá: *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.* (2017).

