

EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL: CUANDO EL PASADO SE CONVIERTE EN PRESENTE*

Alba García Hernández
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 2 de noviembre de 2020

1. El derecho a la protección de datos: un derecho con entidad propia

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. Es así como reza el apartado cuarto del art. 18 de nuestra Constitución española y es que el legislador es plenamente consciente del destacado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC), así como del intercambio de datos dimanante de tal proliferación que podría acarrear la invasión en la esfera privada de los usuarios de estas herramientas. Podría decirse, por tanto, que, tras este precepto, el Constituyente pensaba en el derecho a la protección de datos reconocido a todo ciudadano¹.

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9996 financiado con cargo a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y en el marco del Proyecto Convenio de colaboración entre la UCLM y el Ilustre Colegio Notarial De Castilla-La Mancha (17 enero 2014) (OBSV) con referencia CONV140025, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera;

¹ HERNÁNDEZ RAMOS, M., El Derecho al olvido digital en la WEB 2.0, *Cuaderno Red de cátedras Telefónica*, 11, 2013.

De este modo, el derecho a la protección de datos se concibe con naturaleza de carácter dual, pues, de una parte, se formula como mandato que el texto constitucional dirige a los poderes públicos y, de otra parte, se erige como derecho fundamental de todo individuo. Así, no ha de equivocarse este con otros derechos que podrían entenderse análogos como el derecho a la intimidad, al honor y la propia imagen previstos en el art. 18.1. CE, pues, como ha reflejado el Tribunal Constitucional, a este derecho se le confiere un alcance de carácter más amplio, ya que los principales rasgos distintivos de este son su función y objeto, esto es, se pretende velar porque el titular de datos personales ostente el control efectivo y real sobre la información relativa a su personalidad y vida más privada que le atañe directamente, quedando incluido bajo este paraguas de protección, no solamente el contenido de corte íntimo, sino cualquier dato de carácter personal, es decir, aquellos que pudieren hacer identificable a un individuo². Bien es cierto que refiere “*no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales del honor, intimidad y propia imagen*”³. En definitiva, lo que diferencia al derecho a la protección de datos es la facultad de control y de disposición que otorga a aquel a quien se le reconoce sobre los datos que facilita a un tercero y a conocer en todo momento el tratamiento y los fines a los que se les somete a estos.

En este contexto, fruto de la creación de este derecho surgen dos principios que se erigen como pilares elementales en la defensa de la protección de datos y son el principio de consentimiento, que se traduce en la idea de que toda actividad de tratamiento de datos de carácter personal ha de ser autorizado por su titular⁴ y el principio de finalidad, por el que se establece que los fines para los que los datos hubieren de ser tratados habrán de ser lícitos y legítimos⁵.

2. La peligrosidad de Internet: el germen de la violencia virtual

El Instituto Nacional de Estadísticas (en adelante, INE) publicaba en el último trimestre del año pasado la Encuesta sobre Equipamientos y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares en la que dejaba patente que el 91,4% de los hogares de nuestro país dispone de acceso a Internet, resultando especialmente significativo el hecho de que prácticamente el 90% de los menores españoles disfrutaran de esta herramienta en casa o tienen acceso a ella, ya sea por medio de un ordenador o de un dispositivo móvil. Asimismo, se deja constancia en este informe de que en el grupo poblacional con

² FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P., El derecho al olvido. *Cadernos de Dereito Actual*, (9), 421-439, 2018.

³ HERNÁNDEZ RAMOS, M., El Derecho al olvido digital... o.p. cit.

⁴ Véase el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD).

⁵ Vid. art. 11 LOPDPGDD.



individuos en edades comprendidas entre los 16 y los 74 años son un 75% los que emplean Internet en repetidas ocasiones a lo largo del día. Además, entre las actividades más realizadas se encuentra el uso de la mensajería instantánea y el correo electrónico (93,8% y 79,6% respectivamente), así como el empleo de redes sociales –cerca del 65% de los usuarios cuenta con redes sociales generalistas, siendo los consumidores más habituales de estas plataformas los jóvenes⁶–.

En este contexto, las nuevas formas de comunicación e interacción entre individuos por medio de la utilización de Internet han generado un escenario donde las barreras creadas entre la vida privada y la expuesta en la red se han visto fuertemente difuminadas, como consecuencia de la generación de un entorno paralelo donde la facilidad de acceso a la información, la dificultad de rastreo, el anonimato y la ausencia de un control informativo eficiente complican tal separación⁷. Desafortunadamente, las distintas formas de violencia existentes en la realidad se han trasladado al mundo virtual para quedarse, dando lugar a la denominada violencia cibernética, práctica que se ha visto extendida con el uso de las redes sociales. Como se ha mencionado, la información a disposición de terceros de cada uno de nosotros es cada vez más abundante en el entorno *online*, por lo que los titulares de esta, siendo conscientes de la peligrosidad que entraña la facilidad de acceso a contenido personal, reclaman tomar el control sobre tal contenido⁸.

Actualmente, el acoso es una de las manifestaciones violentas con mayor cabida virtual, no solo entre individuos que pudieren tener algún tipo de vínculo entre ellos, sino entre desconocidos, siendo la población entre los 16 y los 29 años la más afectada⁹. Se ha observado que estas herramientas no solamente son empleadas como medio para ejercer funciones de control y dominio sobre la víctima, sino también para llevar a cabo actividades de hostigamiento y amenazas sobre ellas, llegando, incluso, a reflejarse estas conductas en el robo de información privada del afectado, la vigilancia y seguimiento de sus comportamientos en redes sociales, etc. En este escenario, puede decirse que las denuncias por ciberacoso y revelación de información personal recibida por medio de prácticas como el *sexting* o sextorsión –envío de fotografías o vídeos de carácter sexual a través de aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales o cualquier otro medio de naturaleza electrónica– se encuentran en una etapa más que incipiente¹⁰.

⁶ Instituto Nacional de Estadística, Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, disponible en: <https://bit.ly/2GGErUw>, 2019.

⁷ CÓRDOBA CASTROVERDE, D., Los retos de la protección de datos en internet: Caso Google Spain y derecho al olvido, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017.

⁸ HERNÁNDEZ RAMOS, M., El Derecho al olvido digital... o.p. cit.

⁹ FERNÁNDEZ MONTAÑO, P., y ESTEBAN RAMIRO, B., Violencias de género en redes sociales: aproximación al fenómeno desde el discurso de la población joven castellanomanchega, 2018.

¹⁰ FERNÁNDEZ DOYAGUE, A., *La denominada violencia cibernética. Internet y las redes sociales*. Consejo General de la Abogacía Española, disponible en: <https://bit.ly/3p9FbD9>, 2014.

En este punto, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) ha publicado una guía con recomendaciones sobre cómo actuar ante situaciones de ciberacoso, ya fuera en el ámbito “doméstico” o en el laboral. Entiende este organismo que constituyen conductas peligrosas en este sentido “tanto cuando se envíen a la propia persona afectados contenidos degradantes que atenten contra la dignidad de la persona, como cuando se difunda esta información, especialmente videos o imágenes, si de su naturaleza puede deducirse un atentado contra la dignidad y la libertad sexual de las personas”. Partiendo de este punto, la AEPD incluye como medidas para erradicar el acoso en el entorno de trabajo la creación de políticas de prevención entre las que deberán las empresas definir aquellas conductas ilícitas, desarrollar planes de formación dirigidos a la plantilla sobre esta materia y delimitar los mecanismos de reacción ante tales comportamientos. Para mayor abundamiento, incide la Agencia en la necesidad de concebir esta función con carácter transversal y reconoce la relación existente entre el acoso y la protección de datos, recomendando a las empresas la minimización en el tratamiento de datos personales¹¹.

Independientemente del ámbito en el que tenga lugar este contexto de violencia, la AEPD recomienda recurrir a los canales de denuncia que esta ha habilitado para el ejercicio del derecho a la supresión de datos. Así, el usuario puede acceder a un canal prioritario de denuncia de comunicación ilícita de contenido personal, especialmente cuando tal información referenciara situaciones sexuales o violentas. Cuando se sea víctima de la divulgación de información sensible, la persona deberá solicitar la retirada de la misma a las plataformas digitales en las que la difusión hubiera comenzado y si estas denegaran la petición, entonces se abre una segunda vía de actuación: la reclamación ante la Agencia¹².

En este contexto, podría decirse que el derecho de supresión adquiere un cariz de rango superior y surge lo que ha sido comúnmente llamado como *derecho al olvido digital*¹³, el cual nace cuando el consentimiento acerca del tratamiento de datos de carácter personal es retirado, la información recabada deja de ser relevante, el tratamiento se ha descubierto ilícito, etc.

3. El derecho al olvido

El derecho a ser olvidado en el entorno digital se define como aquel por el que el titular de información de corte personal puede exigir que esta cese de ser accesible para agentes externos, esto es, por medio del ejercicio de este derecho, una persona puede poner en

¹¹ Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos como garantía en las políticas de prevención del acoso: recomendaciones de la AEPD*, disponible en: <https://bit.ly/2JFpN0T>, 2019.

¹² Agencia Española de Protección de Datos, *Eliminar fotos y vídeos de Internet*, disponible en: <https://bit.ly/3n5Wrap>, 2020.

¹³ PÉREZ GÓMEZ, A. M., Cuando Google Juega con la Información Privada, el Derecho al Olvido Digital en Europa, una Lucha de Titanes. *Rev. Prop. Inmaterial*, 22, 173, 2016.



marcha los conocidos como derechos de cancelación y oposición siempre que tales datos hubieren perdido la finalidad por la que fueron tratados. Así pues, no solamente se refiere a la necesidad de desindexar la información que hubiera sido previamente facilitada, sino que, además, se han de aplicar métodos que hagan invisible este contenido para otros usuarios.

En consecuencia, se observa que el origen de este derecho radica en otros dos como son el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad, aunque no existe unanimidad en la doctrina respecto al origen de este derecho, pues algunos sectores lo catalogan como una extensión de los derechos de oposición y cancelación en el mundo virtual, fruto de los antiguos derechos a la protección de la identidad personal y la intimidad, mientras que otros le reconocen entidad propia; bien es cierto que se articula a partir de otros derechos que consideran inherentes como la protección de datos y la privacidad¹⁴, aunque este último se encuentre relacionado con la protección de aquella información personal que nunca hubiere visto la luz¹⁵.

En este sentido, se ha de tener presente que uno de los riesgos que entraña la publicación de contenido en el entorno virtual es la perpetuidad que caracteriza a la red, pudiendo entrañar estas actuaciones una intromisión grave en la esfera privada del individuo. De acuerdo con esto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que estas conductas tendentes a la lesión de derechos fundamentales deben llevar aparejada la retirada de la información compartida¹⁶. Siguiendo esta línea, a pesar de que nuestro ordenamiento no prevé una lista tasada de los medios que generan y tratan datos personales en la red, sí puede decirse que son cuatro las fuentes través de las cuales la divulgación de contenido es posible en el medio virtual y son las redes sociales, los buscadores, los entes públicos y la prensa digital¹⁷.

Considerando las tres vías de publicación anteriormente expuesta, se adivina que el derecho al olvido puede entrar en contradicción con otros derechos que podrían considerarse ligados al uso de estas herramientas como son el derecho a la libertad de expresión y de información. No obstante, el marco normativo español no fija unas pautas uniformes a seguir, sino que, la AEPD y los órganos jurisdiccionales han preferido optar por el estudio individualizado de cada caso, pues en ocasiones se ha tratado de dar prevalencia a derechos como el de expresión, mientras que, otras veces, se ha optado por

¹⁴ FERRO LÓPEZ, C, y SIXTO GARCÍA, J., El derecho al olvido en Google. *Ruta comunicación*, (9), 152-170, 2018. En la misma línea, MATE SATUÉ, L. C., ¿Qué es realmente el derecho al olvido?, *Revista de derecho civil*, 3(2), 187-222, 2016.

¹⁵ TORRES MANRIQUE, J. I., El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución. *Pensamiento jurídico*, (47), 167-200, 2018.

¹⁶ FERRO LÓPEZ, C, y SIXTO GARCÍA, J., El derecho al olvido en... op. cit.

¹⁷ MATE SATUÉ, L. C., ¿Qué es realmente el derecho... op.cit. En el mismo sentido, TORRES MANRIQUE, J. I., El derecho fundamental al olvido..., op. cit.

la defensa de la esfera más personal del individuo sobre otros derechos con los que esta pudiera colisionar¹⁸; sin embargo, la tendencia general se inclina por:

- Cuando la información objeto de conflicto haya sido difundida por medio de las redes sociales, habrá de tenerse en cuenta si en dicha publicación ha mediado el consentimiento o no del titular. De este modo, el usuario, en el momento en el que crea una cuenta en la plataforma correspondiente, está aceptando las condiciones de uso y, en consecuencia, las de privacidad. En la mayoría de las redes sociales, si se opta por dar de baja la cuenta, el contenido no desaparece, sino que resulta invisible para el resto de miembros de la comunidad, quedando almacenado en los servidores de la red. Cuestión distinta es si un tercero publica información sin la autorización de su titular, pudiendo incurrir en este supuesto en responsabilidad civil o, incluso, penal¹⁹.
- De otra parte, la difusión de datos personales por parte de la Administración con la publicación, por ejemplo, de los boletines oficiales no acarrea tanto problema en la actualidad, ya que, de manera general, se sobreentiende que el uso que llevan a cabo los entes públicos de este tipo de información es lícito y pertinente. No obstante, la AEPD recomienda ajustarse al principio de minimización del dato y evitar cualquier referencia a informaciones pasadas que no resulten relevantes²⁰.
- Especialmente problemático es el caso de los medios digitales y sus hemerotecas, planteándose aquí un intenso conflicto entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de prensa. En términos generales, se ha reconocido la responsabilidad del editor y del propio periódico respecto a la veracidad de la información vertida y de las potenciales vulneraciones que esta podría desencadenar sobre la dignidad y la intimidad de los afectados, aunque, en la práctica, habrán de ser los órganos jurisdiccionales ordinarios los encargados de resolver tales cuestiones²¹.
- Por último, igualmente se ha reconocido, de manera más reciente, la responsabilidad de los buscadores como agentes facultados para el tratamiento de datos cuando estos llevan a cabo funciones para indexar el contenido que ofrecen a los usuarios²².

¹⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P., El derecho al olvido. *Cadernos de Dereito Actual*, (9), 421-439, 2018.

¹⁹ Véase el art. 94 LOPDPGDD. Siguiendo esta idea se manifiesta CASARES MARCOS, A. B., Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal: el olvido está lleno de memoria, *Revista de administración pública*, (212), 401-437, 2020.

²⁰ CÓRDOBA CASTROVERDE, D., Los retos de la protección de... op. cit.

²¹ PAZOS CASTRO, R., El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales, *InDret*, 2016.

²² MATE SATUÉ, L. C., ¿Qué es realmente el derecho... op.cit. En el mismo sentido TORRES MANRIQUE, J. I., El derecho fundamental al olvido..., op. cit.



Con todo, el derecho al olvido puede entenderse como un derecho de origen jurisprudencial, pues coincide su nacimiento con el caso Costeja, también conocido como caso Google²³. Su ejercicio se podrá llevar a cabo cuando concurra alguno de los requisitos siguientes²⁴:

- Que los datos que fueron difundido han dejado de cumplir la finalidad por la que fueron publicados.
- Que el usuario se acoja a su derecho a retirar el consentimiento que habilitó la difusión de datos personales o se oponga a su tratamiento.
- Que los datos hayan sido tratados ilícitamente.
- Cuando así lo requiera mandato legal alguno.

Retomando la cuestión, en el año 2010, Mario Costeja interpuso reclamación ante la AEPD contra *Google* y el periódico la Vanguardia, pues, al introducir su nombre en el buscador, aparecían enlaces al mencionado medio en el que se trataban informaciones pasadas acerca de una serie de deudas que Costeja había contraído frente a la Seguridad Social. El denunciante reclamaba la eliminación de la información al periódico y solicitaba, de otra parte, que *Google* dejara de hacer accesibles los enlaces para el resto de usuarios. La AEPD denegó la causa contra la Vanguardia, pero sí se hizo eco de la petición de Costeja frente a *Google*, quien recurrió ante la Audiencia Nacional tal cuestión. Precisamente fue este órgano jurisdiccional quien remitió el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determinó que la acción de ordenar contenido, almacenarlo y ponerlo a disposición de los usuarios supone una actividad vinculada con el tratamiento de datos personales, por lo que dota de responsabilidad a *Google* por el desempeño de tales funciones.

A partir de este pronunciamiento, *Google* ofrece la opción de que todo aquel internauta que desee acogerse al derecho al olvido solicite un formulario por el que exponga su petición, siendo, posteriormente, analizado caso por caso y atendiendo a criterios como la trascendencia pública de la persona o si quien ejercita el derecho al olvido es la misma persona que divulgó la información o es un agente distinto. En este punto, no solamente *Google* se ha visto obligado a modificar su funcionamiento para dar cumplimiento al derecho al olvido, sino que también ha tenido gran acogida este derecho entre las redes sociales. Así, *Facebook* se ha convertido en la plataforma que acumula un mayor número de URL retiradas, seguido de *YouTube*, *Badoo* o *Twitter*²⁵.

²³ CÁMARA LAPUENTE, S., Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales, *Cuadernos de derecho transnacional*, 12(1), 838-862, 2020. En la misma línea, TORRES MANRIQUE, J. I., El derecho fundamental al olvido..., op. cit.

²⁴ Art. 17 RGPD.

²⁵ TORRES MANRIQUE, J. I., El derecho fundamental al olvido..., op. cit.



Por tanto, este derecho podrá invocarse a pesar de que la conservación y almacenamiento de información fueran lícitos, pues lo que se busca no es que desaparezca la información publicada, sino que el acceso a esta no sea posible conforme a los criterios de búsqueda que resultaron lesivos para la esfera privada del sujeto afectado. Es por este motivo que muchos autores prefieren decantarse por hablar de derecho a la oscuridad digital²⁶.

En definitiva, a pesar de que el legislador ha dotado al usuario de herramientas que le facultan para ostentar un control superior sobre su información personal circulante en Internet, no hay que olvidar que la huella digital que nuestra actividad en el mundo *online* origina se caracteriza por su carácter perdurable, prácticamente perpetuo, por lo que la responsabilidad individual ha de prevalecer antes de dar a conocer contenido personal que podría ser imborrable en la memoria de terceros. No hemos de olvidar que la identidad digital nunca ha de superar a la identidad personal, ni se puede pretender construir un pasado a medida.

²⁶ CASARES MARCOS, A. B., Derecho al olvido en internet... op.cit.