

UNIVERSIDAD DE GRANADA



TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

DERECHO AL OLVIDO

DOCTORANDA: KAIANA CORALINA DO MONTE VILAR

DIRECTOR: PROF. DR. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
(Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de
Granada)

GRANADA, ABRIL DE 2022

UNIVERSIDAD DE GRANADA

TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

DERECHO AL OLVIDO

DOCTORANDA: KAIANA CORALINA DO MONTE VILAR

DIRECTOR: PROF. DR. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
(Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de
Granada)

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Kaiana Coralina Do Monte Vilar
ISBN: 978-84-1117-534-0
URI: <https://hdl.handle.net/10481/77517>

DERECHO AL OLVIDO

Dedico, de la primera a la última
palabra, a mi madre Maria
Helena Marinho do Monte Vilar.
La mujer que ha vencido esta y
otras batallas a mi lado.

“Wohin ist die Hoffnung gegangen?

In die Verfassung.

Und die Enttäuschung?

In ihre Auslegungen”

(Eric Fried)

“La creciente incompatibilidad entre la constitución y los algoritmos no es una cuestión técnica, sino una construcción ideológica compleja al servicio de un mayor beneficio de los grandes agentes globales de nuestra época. Reconstruir el orden requiere una “constitución del algoritmo” en el sentido no sólo de una digitalización de la constitución, sino también de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías.”

(Francisco Balaguer Callejón)

“A área da privacidade transforma-se num lugar de encarceramento, encerrando o dono do espaço privado condenado e sentenciado a padecer expiando os próprios erros; forçado a uma condição marcada pela ausência de ouvidos ávidos por extrair e remover os segredos que se ocultam por trás das trincheiras da privacidade, por exhibi-los publicamente e torna-los propriedade comum de todos, que todos desejam compartilhar. Parece que não sentimos nenhum prazer em ter segredos. ”

(Zygmunt Bauman)

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad de Granada por ofrecerme estudios completos de posgrado con excelencia. Recién licenciada, muy joven, fui muy bien recibida por personas cuyo idioma aún no entendía bien y de la cultura, casi nada. En la parte administrativa agradezco inmensamente a D. José Balderas Cejudo así como a la Profesora Dra. Francisca L. Villalba Pérez que coordina el programa de doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada.

Mis esfuerzos por cruzar el Atlántico y comenzar un Máster en un idioma y sistema legal que no eran los míos fueron validados por mis profesores mientras aún estaba en el Máster. Mi agradecimiento a ellos. Por la mirada cariñosa y la atención que siempre me dieron: Gregorio Cámara Villar, José María Porras Ramírez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao. De los más jóvenes, que hoy, gracias a su gran mérito, ya forman parte del claustro de profesores de la Universidad de Granada, agradezco a Augusto Aguilar Calahorro y Valentina Faggiani.

A mi director de tesis, Profesor Francisco Balaguer Callejón, quien ha acompañado y dirigido mis estudios desde el Máster, no habría espacio para relatar todos los momentos de apoyo académico y personal que me brindó. El gran académico es conocido por todos en todo el mundo, sin embargo, el gran ser humano, solo aquellos que tienen o tuvieron el placer de trabajar con él pueden dar fe de esta cualidad, y yo soy una de esas personas.

Llegué a la Universidad de Granada bajo las orientaciones del Profesor Balaguer sin experiencias de vida y con pocos

conocimientos académicos, y la dejé como una Profesora que ya tiene un lugar respetado en mi país. A él, todo mi respeto, admiración, cariño, gratitud y eterna deuda por los años de aprendizaje. Llevaré todas nuestras conversaciones y consejos conmigo de por vida.

Desde un punto de vista personal, mi agradecimiento a las amistades que España me ha brindado y fortalecido a lo largo de los años. Quienes siempre me recibieron con cariño: Ana Carolina de Araújo Farias, Sara González Garrido y Rocío Periago Martínez.

A Rocío Periago Martinez, quien a los 9 meses de embarazo me ayudó con la traducción con excelencia de esta obra, mi agradecimiento especial. Este trabajo también está dedicado a su hija Irene, a quien ya tengo muchas ganas de conocer.

Mi mayor gratitud va para los miembros de mi familia que influyeron directamente en el éxito de mi doctorado. Primero a mi Madre, que enfrentó un cáncer en plena pandemia. Éramos solo nosotras dos, nos hicimos fuertes y lo hemos vencido. A mi padre José Dinaldo Vilar por su apoyo. A mis padrinos Edmundo Marinho do Monte y Margarida Sonia Marinho Monte Silva, y a mis tías Silvana Magna Cavalcante do Monte y Eudézia Vilar Vasconcelos por su apoyo emocional y económico.

Índice

1 INTRODUCCIÓN.....	17
2 CRISIS DEL ESTADO, GLOBALIZACIÓN E INTERNET	24
3 PRECEDENTES HISTÓRICOS.....	39
4 MARCO SUPRANACIONAL EUROPEO (UNIÓN EUROPEA)	73
4.1 REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA - 2016/679 (GDPR)	105
4.2 ARTÍCULO 17 DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS	124
5 DERECHO AL OLVIDO. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL	132
6 DERECHO AL OLVIDO EN BRASIL.....	177
6.1 LOS DOS CASOS EMBLEMÁTICOS EN BRASIL: AÍDA CURI Y <i>CHACINA DE LA CANDELÁRIA</i>	180
6.2 RECURSO EXTRAORDINARIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO: ANÁLISIS DEL VOTO DEL MAGISTRADO DIAS TOFFOLI	212
7 CONCLUSIONES	223
BIBLIOGRAFÍA.....	242

1 INTRODUCCIÓN

Debido a la ausencia de una autoridad global que regule el derecho al olvido, los ciudadanos se encuentran en una situación de fragilidad delante del poder económico de las multinacionales tecnológicas, las cuales, en el contexto de la globalización, ganan un espacio significativo en el escenario nacional e internacional.

Por lo tanto, como **hipótesis**, nos planteamos que, para hacer frente al déficit de protección de los derechos ligados al nuevo escenario tecnológico como el derecho al olvido, es necesaria la cooperación a nivel internacional, teniendo como base la experiencia europea en cuanto organización supranacional capaz de defender derechos con mayor efectividad en un ámbito de diversidad de ordenamientos jurídicos. Por otro lado, asumimos la necesidad de contribuir a la construcción dogmática del derecho al olvido con elementos procedentes de diferentes ordenamientos y que definen, por su vinculación con principios y derechos esenciales, un posible modelo aplicable a Brasil por compartir elementos estructurales comunes en sus sistemas constitucionales.

Asimismo, buscamos contribuir a mejorar el sistema jurídico con avances en el ámbito legal y jurisprudencial.

El estudio se **justifica** ante la crisis del Estado, la cual para Ferrajoli está compuesta por dos aspectos: primero la disminución del principio de la legalidad en función de la creación de jurisprudencia que afecta el concepto de Estado legal de Derecho, y

segundo, la pérdida progresiva de normatividad de la Constitución, afectando el sentido de Estado Constitucional de Derecho¹.

Para Beck, la globalización acabó dejando patente lo que ya existía en el capitalismo. Es decir, que pertenece a las grandes empresas. Y aquí entendemos que especialmente a las empresas de tecnología, que tienen un protagonismo sustancial en la sociedad en general, y no únicamente en sectores de la economía como los factores de producción tradicionales de capital y trabajo².

Así, comprendemos que las organizaciones intergubernamentales, internacionales y supranacionales -figuras carentes de una mejor conformación entre ellas- son prácticamente las únicas capaces de hacer frente a las injerencias a los derechos fundamentales tales como privacidad, intimidad y olvido, provocadas en gran medida por las multinacionales de la tecnología. En este aspecto Sánchez entiende que la tecnología causa un escenario de incertezas “abrumador”, al punto de percibir una dualidad entre la objetividad de esa ciencia y la huida en “dar respuestas absolutas cuando se le requiere³”.

El derecho al olvido se ha convertido en un tema controvertido que despierta mayor interés en la doctrina jurídica relativa al derecho y las nuevas tecnologías.

Existe una polémica porque no hay precedentes de una sociedad globalmente interconectada. Tampoco existen precedentes de que el

¹ FERRAJOLI. L.: “Pasado y futuro del estado de derecho.” RIFP, Núm. 17, 2001, p. 31-45.

² BECK, U.: *O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Traduzido por André Carone. Paz e Terra, São Paulo, 1999. pp. 14.

³ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. **Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto**, v. 64, n. 2, 2016. p. 234.

propio derecho o las instituciones jurídicas sean rehenes del conocimiento en un ámbito que no dominan o controlan: la tecnología de la información. Y principalmente por la falta de consenso sobre la definición, el alcance, la necesidad y la posibilidad de la aplicabilidad de este derecho.

Ante el proceso de globalización que obligó a los Estados a consensuar diversos factores institucionales y jurídicos para que pudieran coordinar sus relaciones intergubernamentales y, en un nivel más avanzado, supranacionales –como el caso de la Unión Europea–, la sociedad de la información exige más integración para poder hacer frente a los distintos nuevos retos. De esta forma, garantiza así la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y posibilitar el comercio que, cada vez más necesita hacer uso de datos personales para sus transacciones.

Esto no quiere decir que esa integración encaminada a resolver los problemas que ha traído la tecnología sea algo fácil, sino todo lo contrario. En esta línea de razonamiento explica Frosini:

Debe reconocerse que el objetivo de ampliar al escenario mundial la regulación jurídica de Internet parece estar muy lejos de alcanzarse. Baste recordar a este respecto que sigue existiendo un marcado contraste entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América, detentadores del mayor poder informático en el mundo; con relación al «*Transborder Data Flow*», el flujo transfronterizo de datos personales, como libre exportación y circulación de estos datos, ya está sujeto a una protección especial en Europa, como sucede en Italia con la Ley de 31 de diciembre de 1996, núm.

675 y siguientes, y las disposiciones emitidas por el Garante de datos⁴.

En esta línea, el derecho al olvido, que comenzó a aplicarse el 25 de mayo de 2018, fue recientemente positivado en el Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 de la Unión Europea⁵. Igualmente, el debate está encendido en otros países, como Brasil, que recientemente publicó su Ley General de Protección de Datos, Ley nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, no incluyéndola en este momento, pero siguiendo los debates doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema.

Las relaciones, especialmente las comerciales, que involucran datos personales son una constante en el mundo, y de hecho, ningún país hoy puede renunciar a utilizarlos para gestionar sus negocios a nivel interno e internacional.

La cuestión que se plantea es que varios países, como los pertenecientes a la Unión Europea, han comenzado a desarrollar altos niveles de protección en la materia, que incluso exigen que otros países que quieran tener relaciones comerciales con ellos, ofrezcan estándares de protección equivalentes y, en algunos casos, acaben sometiéndose a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el caso del derecho al olvido, además de los datos personales, estamos tratando temas que se entrecruzan constantemente con el derecho a la privacidad, la autodeterminación informativa, el derecho

⁴ FROSSINI, Vittorio; SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. El horizonte jurídico de internet. **Revista de derecho constitucional europeo**, n. 28, p. 9, 2017. p. 11.

⁵(R (UE) nº 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

a la información o la libertad de expresión, además de otros temas como la censura. Son cuestiones que tienen distintas visiones y aplicabilidad en distintas partes del mundo, lo que nos lleva a indagar en la viabilidad de este derecho a través de una firme y posible construcción doctrinal en países con tradiciones jurídicas similares, como Brasil, a la luz de la experiencia europea.

En el segundo capítulo abordaremos la crisis del Estado como garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, que afecta directamente la normatividad constitucional. Esta ya se encuentra descaracterizada frente a fenómenos como la globalización económica, y actualmente, frente a la injerencia de las grandes empresas tecnológicas que acaban imponiendo sus prioridades a costa de los derechos individuales.

En el tercer capítulo, optaremos por buscar las bases sobre las que se asentó el desarrollo del derecho al olvido. Asimismo, trataremos de investigar a nivel europeo -en particular la normativa del Consejo de Europa-, pero también en la jurisprudencia, así como en importantes leyes de países europeos.

En el cuarto capítulo, nos dedicaremos al estudio de la contribución de la Unión Europea como única organización supranacional capaz de exponer su experiencia en la armonización de diferentes ordenamientos jurídicos ante el reto de combinar el derecho con la tecnología. Para ello, buscaremos investigar autores europeos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su legislación. Finalmente, presentaremos el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, en particular el artículo 17, que regula el derecho al olvido.

El quinto capítulo estará dedicado a buscar una construcción conceptual del derecho al olvido como modelo aplicable a Brasil. Nos basaremos en los elementos ya expuestos, pero sobre todo, nos centraremos más en la doctrina, jurisprudencia y legislación española, aspecto justificado por su mayor desarrollo en la materia.

El sexto capítulo demostrará cómo se está tratando el tema en Brasil. Presentaremos debates doctrinales, casos emblemáticos y críticas sobre la forma en que se exportó este instituto jurídico hasta el momento.

Finalmente, concluiremos este estudio dando nuestro aporte a la construcción dogmática del derecho al olvido como un modelo aplicable a Brasil, ofreciendo una opinión guiada por un constitucionalismo vivido fuera de las fronteras de los Estados, y ahora también influenciado por la tecnología.

La Tesis intenta, entre otras cosas, aportar un modelo coherente con las condiciones de Internet y la jurisprudencia europea que pueda ser útil para avanzar en la construcción del derecho al olvido en Brasil.

2 CRISIS DEL ESTADO, GLOBALIZACIÓN E INTERNET

Las múltiples crisis del Estado-Nación desde el punto de vista de su fragilidad en la defensa de los derechos fundamentales es algo ampliamente estudiado por numerosas publicaciones. Algunas causas de este proceso fueron señaladas por autores como Ferrajoli, Bauman, Beck, Balaguer Callejón o Peter Häberle, entre otros.

Ferrajoli apunta a dos visiones. La primera señala la crisis del principio de legalidad por la vasta creación jurisprudencial, y la segunda, la crisis de la normatividad constitucional por las numerosas injerencias de elementos externos, especialmente multinacionales, donde el Estado ya no es capaz de generar la defensa de los derechos de manera efectiva.

Ambas crisis para Ferrajoli son consecuencia del fin del Estado Nacional como monopolio de la producción legal, mientras que lo que denomina el “Derecho de la Globalización” representa la ausencia de límites e instituciones que puedan llevarse a cabo frente a nuevas relaciones, siendo el derecho de la globalización, a través de formas privadas de contratación, signo de una primacía de la economía sobre la política, y más aún, del mercado sobre la esfera pública⁶.

El déficit en la protección de los derechos es causa y efecto del debilitamiento del Estado soberano. Para Häberle, el Estado migra, o siente la urgencia de hacerlo, a lo que llama el “Estado constitucional cooperativo”. Lo que lo impulsa proviene de factores sociológicos-económicos e ideales morales. Desde un punto de vista económico, se trata de la interrelación entre Estados constitucionales

⁶ Ferrajoli. L.: “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. RIFP, No. 17, pág. 37, 2001.

potenciada por la globalización, con la propia Unión Europea como gran ejemplo.

Desde el punto de vista moral-ideal, el Estado de derecho cooperativo se nutre y constituye de derechos fundamentales y humanos orientados hacia la cooperación internacional. Nace de la necesidad y conciencia de la cooperación, pues ya existe un espacio público internacional incontenible, dotado de interacciones entre sociedades, redes de datos, debates políticos, donde ya no es posible negar su existencia, sino encontrar medios de conformación entre la ciencia de Estado con las nuevas dinámicas sociales ⁷.

Asimismo, Häberle advierte del hecho de que el Estado Constitucional cooperativo no es un objeto alcanzado, señalando que el camino para llegar al mismo pasa por la permeabilidad, o sea, facilidad de entrada del derecho internacional o comunitario principalmente en lo tocante a los derechos humanos; compromiso de realización de tareas de carácter cooperativo tanto procesal como materialmente, solidaridad de los Estados para con las cuestiones globales como terrorismo, medio ambiente, así como también a nivel del derecho internacional privado⁸.

Los procesos constitucionales se forjaron junto con el nacimiento del Estado moderno. La normatividad de la constitución está íntimamente ligada a esta fuerza soberana que, como se ve, es ya indefendible.

⁷ HABERLE, Peter. **El estado** constitucional. Fondo Editorial PUCP, 2003.

⁸ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**, RENOVAR. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, 2007. p. 10.

En este contexto, Balaguer desarrolla la teoría de la Constitución del Algoritmo⁹, haciendo una analogía metafórica de un concepto de la informática, donde un algoritmo es una secuencia lógica desarrollada para lograr una determinada tarea pre programada.

Su teoría tiene como núcleo el conflicto entre el entorno en el que la Constitución fue creada y diseñada para actuar -el entorno analógico- y el ciberentorno actual en el que vivimos, especialmente tras la crisis sanitaria del Covid-19. De esta forma, algunos preceptos constitucionales regulan un mundo que ya no existe, el analógico, y deja de otorgar facultades al Estado para proteger derechos en el mundo digital, hablando no solo de derechos existentes, sino de nuevos derechos que surgen del propio cambio de sociedad¹⁰.

La falta de respeto a las constituciones por parte de los grandes agentes globales vinculados a la tecnología no es casual, es parte de una “construcción ideológica” que apunta a grandes ganancias económicas a costa de los derechos. Un concepto de “constitución algorítmica” estaría formado por una digitalización de la constitución y una constitucionalización de la tecnología, de modo que, al mismo tiempo, se puedan controlar los poderes de las empresas tecnológicas y respetar los derechos fundamentales¹¹.

⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

¹⁰ *Ibidem*. p. 4 -10.

¹¹ *Ibidem*. p. 14.

Para Zygmunt Bauman, es inevitable vincular la crisis de la defensa de los derechos por parte del Estado al proceso de globalización.

Su teoría de los “propietarios ausentes”¹² manifiesta la facilidad con la que el capital migra de acuerdo a sus intereses de mercado, dejando un vacío que será llenado por el desempleo, la baja recaudación tributaria y los problemas ambientales.

En este contexto, las élites de la sociedad, personas con acceso a educación de alto nivel, se inclinan por una postura cosmopolita, como el capital manejado por multinacionales, migrando de acuerdo a las mejores oportunidades de empleo, calidad de vida, materias primas y condiciones de producción presentes. En contraste, la mayor parte de la población empobrecida, limitada a trabajos más básicos, tiene que lidiar con las consecuencias locales de un escenario globalizado donde “espacio” y “tiempo” toman nuevas configuraciones que benefician solo a quienes tienen las habilidades para estar en un espacio mundial.

A globalização viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do bem-estar, a saber: que pertence as empresas, especialmente aquelas que atuam globalmente, não apenas um papel central na configuração da economia, mas a própria sociedade como um todo - mesmo que seja "apenas" pelo fato de que ela pode privar a

¹² BAUMAN, Z. *Globalización: las consecuencias humanas*. Traducido por Marcus Penchel. ZAHAR, Río de Janeiro, 1999. p. 16.

*sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho)*¹³.

Para Beck, la globalización puede entenderse como una “experiencia cotidiana de acción sin fronteras ni dimensiones de economía, información, ecología, tecnología, conflictos transculturales y sociedad civil¹⁴”. En todos los elementos citados por el autor, podemos percibir fácilmente la Ley como referencia para estas relaciones.

El advenimiento de Internet lleva la globalización a otro nivel de influencia en la vida de los ciudadanos que ya necesitaban de más protección del Estado-Nación. El poder de las multinacionales tecnológicas es indiscutiblemente más grande que el de las empresas de otros sectores de la economía.

La tendencia a monopolizar sus actividades, junto con la capilaridad con la que pueden contar, a partir de la dependencia que desarrollan las personas en relación con sus servicios y productos, las hace indispensables para una serie de actividades humanas, aumentando así su poder de negociación frente a los intentos de regulación por parte de los gobiernos.

La sociedad vive un momento en el que luchar por más privacidad no está a la orden del día, al menos a nivel individual y si observamos el comportamiento de diferentes grupos sociales, especialmente de los jóvenes, en las redes sociales.

13 *Ibidem.* p. 14.

14 BECK, U. O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Traduzido por André Carone. Paz e Terra, São Paulo, 1999. p. 46.

Necesitados de quienes los “escuchen” y compartan con ellos la “confesión” de sus “pecados” cotidianos, ya no parece que haya ningún tipo de placer en tener secretos. Para ello Bauman cita el ejemplo de Corea del Sur donde la vida en sociedad se vive mucho más de manera “virtual” que en contacto efectivo con otras personas¹⁵.

Los llamados “nativos digitales” están poco interesados en temas como la privacidad y el secreto de las comunicaciones, no pareciendo sentir ningún tipo de perjuicio por la pérdida de estos derechos¹⁶.

Reforzamos la idea de que, en casi todos los países del mundo, en diferentes estratos de estas sociedades, personas de todas las edades -incluidos bebés y ancianos ya privados de sus facultades mentales, expuestos en cuentas administradas por sus tutores legales- viven sus vidas mucho más “online” que “off-line”. Si sumamos el factor pandemia del Covid-19, elevamos esta participación a sectores más resistentes a la hiperexposición y conectividad, como áreas de salud y modalidades que aún resistían a la educación a distancia.

Con la obligación del distanciamiento social, el mundo se enfrentó a las amplias alternativas que ofrece internet y, sin mucho tiempo para reflexionar, ante la emergencia de la situación, sumergió su vida profesional y social en la Red mundial de computadoras.

La crisis sanitaria vino acompañada de una nueva crisis económica y del crecimiento de las empresas tecnológicas

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. Vigilância líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2013. p. 34.

¹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. *Op. Cit.* p. 12.

(consecuencia de nuestro abrupto encarcelamiento, con la única posibilidad de continuar mínimamente con nuestras relaciones personales y profesionales a través del uso de mecanismos informáticos), que “nos sitúa de lleno en un mundo digital tan tecnológicamente avanzado como constitucionalmente deficitario¹⁷”.

En vista de esto, consideramos importante la reflexión de David Lyon:

A sociologia agora é obrigada a se entender com o digital para não deixar de investigar e teorizar sobre espaços inteiros de atividade cultural significativa. Para início de conversa, a simples dependência tecnológica tem de ser considerada relevante em qualquer explicação social digna desse nome. São tantos os relacionamentos em parte – ou na totalidade – vivenciados on-line que uma sociologia sem o Facebook é inadequada. Independentemente de como o entenda a geração mais velha, o Facebook se tornou um meio básico de comunicação – de “conexão”, como expressa o próprio Facebook – e é agora uma nova dimensão da vida para milhões de pessoas¹⁸.

Esto ya lo anunció Bauman cuando afirmaba sobre los jóvenes coreanos “*levar a vida social eletronicamente não é mais uma opção, mas uma necessidade do tipo pegar ou largar¹⁹*”, y anticipamos que hoy en día ocurre lo mismo con una muestra mucho más grande de personas y de diferentes grupos de edad.

Es interesante observar la lentitud de la actuación de los gobiernos frente a las grandes empresas tecnológicas. Por ejemplo,

¹⁷ *Ibídem.* p. 2

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida. Op. Cit.* p. 40.

¹⁹ *Ibídem.* p. 35.

en el caso de Estados Unidos parece ser algo estratégico²⁰ ya que de esta forma obtiene un elevado número de datos a nivel mundial. Otros aspectos interesantes derivados de esta cuestión son la formación de perfiles psicológicos para influir en la selección de candidatos, el envío de propaganda electoral o las *Fake News*, que de forma individual, y mediante el robo de datos, solo son posible por la baja regulación y fiscalización del sector.

Balaguer entiende que las redes sociales no son neutrales, y que más aún, incrementan problemas constitucionales como la estabilidad democrática y la tranquilidad de los procesos electorales. Las redes sociales utilizan actividades que atentan contra los derechos fundamentales para generar mayores ganancias en su propio modelo de negocio, donde la publicidad se alimenta de una mayor inestabilidad política²¹.

Dominique Rousseau, advierte sobre el cambio de las reglas del “juego político y constitucional²²” en el contexto de la globalización, sin embargo, potenciado por el desarrollo tecnológico.

Balaguer hace una comparación entre los impactos sufridos por el constitucionalismo, la democracia y, en consecuencia, frente a la protección de los derechos, la crisis económica de 2008 y el panorama actual de influencia de las grandes empresas tecnológicas y su respectivo modelo de negocio.

²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Redes sociales, compañías tecnológicas e democracia. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2019. p. 89.

²¹ *Ibidem*.

²² ROUSSEAU. Dominique, “Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c’est la fin d’un monde fabriqué au xix^e siècle et relookée au xxe.”. Dominique Rousseau, “Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 9.

En aquel primer momento, la crisis económica, alimentada por los efectos negativos de la globalización, solo encontró cobijo en los debates políticos que se fundamentan ante las presiones externas para reducir el gasto social. Esto obviamente, deja insatisfecha a una parte considerable de la población de los Estados que no logran hacer frente a tales presiones, afectando a la normatividad misma de la constitución (a través de la representación democrática del poder), ya que debería ser el instrumento capaz de gestionar estas crisis. Balaguer llama a este fenómeno la externalización del poder²³.

El segundo fenómeno señalado por Balaguer es la interiorización del poder de los grandes agentes globales, especialmente las grandes empresas tecnológicas. Estas corporaciones tienen un modelo de negocio basado en el beneficio publicitario, similar al utilizado en la prensa tradicional, aunque en esta ocasión se caracteriza por utilizar algoritmos para dirigir la información a un tipo específico de perfil psicológico, con la intención de provocar más radicalización, extremismo, polémica e inestabilidad, puesto que, de esta manera, hay más “*engagement*” (uso) en las redes sociales y mayor visibilidad de la publicidad, que a su vez, también está dirigida.

Ejemplos del uso de este poder dirigido son el Brexit, las elecciones presidenciales americanas de 2016, (y añadimos, particularmente, las presidenciales brasileñas de 2018) entre otros paradigmas, donde se busca la intervención en las elecciones por órdenes de poderosos intereses económicos internos y externos, que aseguren que el candidato “correcto” sea elegido.

²³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. *Op. Cit.* p. 89 à 93.

Ambos fenómenos, retroalimentándose, interfieren en la estabilidad de instituciones clásicas del constitucionalismo como la democracia, el pluralismo político, el control del poder y, en consecuencia, en el foco de nuestro estudio, la capacidad del Estado para defender los derechos fundamentales²⁴.

En vista de lo anterior, observamos que el Estado-Nación, tal como fue concebido en los inicios de sus estructuras, esto es: soberano, autónomo, capaz de controlar el poder de sus gobernantes y manejar los mecanismos constitucionales en favor de la defensa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, ya no existe. Esto es debido a varias razones:

En primer lugar, al propio avance del derecho internacional en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la creación de varias organizaciones activas en los más diversos temas – humanos, económicos, laborales, ambientales, etc - y su natural y creciente injerencia en asuntos antes estrictamente internos.

Asimismo, esto es debido a los efectos de la globalización, que relativizó el “tiempo” y el “espacio” con el avance del transporte y de las comunicaciones. La posibilidad de que las personas y las empresas sean cosmopolitas, pudiendo nacer en un país, emprender en otro, casarse en otro y dejar herederos en cualquier parte del mundo, reconfigura los problemas de antaño para los que el constitucionalismo había creado soluciones.

El fin metafórico de las fronteras y la consiguiente erosión del poder estatal obliga a los Estados a ceder parte de su soberanía a organismos internacionales de carácter intergubernamental y

²⁴ *Ibíd.*

supranacional. Dentro de estas estructuras complejas donde se agrupan Estados con características similares, ya sea por proximidad territorial, tradición lingüística, jurídica, económica o religioso-cultural, la relación entre estos ordenamientos jurídicos cobra especial atención en el espacio del debate jurídico.

Enfrentar los problemas económicos derivados de la globalización y los remanentes de la Segunda Guerra Mundial fueron los motores del desarrollo de lo que sería la Unión Europea.

Es el mayor ejemplo actual de una organización supranacional que, a pesar de sus problemas, ha logrado defender conceptos como la democracia, el pluralismo político y los derechos fundamentales de una manera que estos estados aislados probablemente no lograrían.

Como se mencionó anteriormente, el avance de Internet ha llevado la globalización a otro nivel, cambiando también la diversidad y gravedad de los problemas que enfrenta la Unión Europea en la actualidad. Los temas relacionados con la protección de datos personales conducen, a nivel mundial, a amenazas a la democracia, el libre comercio, la privacidad, el derecho al olvido, o el terrorismo, entre otros.

La velocidad del tiempo en la que vivimos es completamente diferente a la anterior, y sigue cambiando y acelerándose. La propuesta no es volver a una época de mayor estabilidad jurídica, sino advertir y suscitar debates sobre la necesidad de cambios y adaptaciones normativas a una velocidad similar a la que vivimos, sin

descuidar las garantías de estabilidad jurídica, el pluralismo y la defensa de los derechos de las minorías²⁵.

Coincidiendo con Sánchez en el sentido de alertar sobre la protección de las minorías, Balaguer incluye en el debate la responsabilidad de los algoritmos -o de quienes los formulan- en la perpetuación de los prejuicios contra las minorías, los colectivos vulnerables y la desigualdad de género. Todos son valores constitucionales que no deben ser contradichos, y su afrenta no debe ser permitida por el ordenamiento jurídico²⁶.

El vínculo estricto entre el constitucionalismo y el concepto de Estado-nación dio sus primeros signos de debilidad con el proceso de globalización posterior a la Segunda Guerra Mundial. En ese momento, claramente, el Estado se vio obligado a ceder parte de sus competencias a organismos internacionales y supranacionales.

Sin embargo, el siguiente momento de crisis en esta relación - con el consiguiente empobrecimiento de la defensa de preceptos constitucionales como la democracia, el pluralismo político y los derechos fundamentales- se produjo con la popularización de internet y el mayor poder de las multinacionales tecnológicas.

Sumándose a este escenario, la crisis sanitaria del Covid-19 ha sido el detonante para que juristas de todo el mundo se dieran cuenta de una vez por todas de la necesidad de discutir las posibilidades de encontrar caminos que conduzcan a la protección de los derechos,

²⁵ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. *Op. Cit.* p. 234.

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. *In: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho. Op. Cit.* p. 8.

ya que el aislamiento social ha obligado a prácticamente todo el mundo a vivir su vida -profesional, personal, práctica- a través de dispositivos conectados a internet que influyen mucho en las relaciones interpersonales.

Además, las democracias están amenazadas, los derechos fundamentales como la privacidad son utilizados como moneda de cambio entre las grandes empresas y los consumidores, y la libertad de expresión e información son juzgadas por entidades privadas con muy poco compromiso con el interés público.

De la misma forma, esta situación donde se mezclan la crisis del Estado-nación, la globalización, el advenimiento de internet, la injerencia de las multinacionales tecnológicas en el poder estatal y una mayor dependencia de internet a causa de la pandemia -teniendo en cuenta que esta no es una tendencia que tienda a retroceder- es un escenario ideal para la falta de control del cumplimiento interno y entre Estados, e incluso dentro de organismos tan desarrollados como la Unión Europea, en relación a la capacidad de estos agentes para proteger los derechos fundamentales y los nuevos derechos que surgen de esta realidad.

La primera crisis ya estableció que el Estado-nación era incapaz de hacer frente a tal interferencia por sí solo, dejando claro que organizaciones como la Unión Europea están mejor equipadas para hacerlo. La segunda crisis -derivada de internet- provocó reacciones de organismos internacionales, regionales y supranacionales que hasta entonces habían funcionado casi satisfactoriamente. Sin embargo, en lo que podemos nombrar aquí como una tercera crisis -la crisis del Covid-19 con una necesidad absoluta del uso casi irrestricto de internet por el aislamiento social-

no hemos encontrado en la historia parámetros de comparación, ni mecanismos preparados para atender la urgencia creada por el aislamiento social.

De la noche a la mañana, el mundo se retiró físicamente, y se abrió virtualmente, con ventanas y puertas abiertas de par en par, por las que el virus que había sido invitado a entrar afectó mucho más allá que a la integridad física, la integridad moral, ética e histórica de toda una generación.

Reunir fuerzas para plantear intensos debates sobre posibles soluciones a la nueva configuración en la que vivimos es una cuestión de supervivencia de los propios valores constitucionales.

3 PRECEDENTES HISTÓRICOS

Como precedentes históricos, demostraremos las bases sobre las que se ha sustentado el derecho al olvido para que emergiese frente a tantos nuevos derechos propuestos dentro del escenario previamente presentado en este estudio.

Clasificando de un punto de vista territorial, además de citar situaciones específicas de algunos países europeos, trataremos en el ámbito supranacional de la Unión Europea como garante de la Carta de Derechos Fundamentales de La Unión Europea y diversos Reglamentos e Instituciones especializadas en protección de datos; y, por fin, a nivel regional europeo, con foco en el Consejo de Europa como garante del Convenio Europeo de Derechos Humanos, otros Convenios y Recomendaciones específicas en materia de protección de datos. Serán estas nuestras fuentes para comprender dónde el derecho al olvido comenzó su recorrido histórico.

Por consiguiente, algunos de los autores entienden que el derecho al olvido es consecuencia directa del derecho a la protección de datos, que en el ordenamiento jurídico europeo es ampliamente considerado como un derecho fundamental. Aunque lo entendamos de otra manera, lo que trataremos en el capítulo de conceptualización, además del derecho a la autodeterminación informativa, el derecho al olvido se sustenta apenas de manera subsidiaria y tangencial sobre el derecho a la protección de datos. Partiendo de esta relación, es por ello que planteamos la necesidad de profundizar en su estudio.

En cuanto al carácter de derecho fundamental del derecho a la protección de datos, resultan interesantes los casos de Austria,

España y Portugal. Los tres son países que han incluido referencias a este derecho en sus Constituciones.

En el caso de España, aún sin reconocerlo expresamente, la Constitución de 1978 ordena al legislador infraconstitucional regular el uso de las tecnologías de la información. Se puede decir que el Tribunal Constitucional, jurisprudencialmente, terminó por entender que el derecho a la protección de datos es un derecho autónomo y distinto del derecho a la vida privada²⁷.

En el caso de Austria en particular, la Ley de Protección de Datos garantiza la protección constitucional, pero no lo considera un derecho autónomo, sino dependiente del derecho a la privacidad²⁸.

Así, la construcción del derecho a la protección de datos como derecho fundamental en España se produjo de forma jurisprudencial e inspirándose en la Constitución portuguesa que había sido promulgada dos años antes.

La Constitución Española fue la segunda Carta Constitucional de Europa, después de la de Portugal, en regular el derecho a la protección de datos. A pesar de ser inicialmente considerada una norma de valor programático, tras la sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, de 30 de noviembre, se considera un derecho fundamental, y debe interpretarse a la luz de los convenios internacionales de los que España es signataria²⁹.

²⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica, “Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos personales. Una línea recta para el diálogo judicial y el constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. Valencia. 2018. p. 63.

²⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Belén et al. Implicaciones institucionales de la ley de Protección de Datos. 2016. p. 75.

²⁹ MINERO ALEJANDRE, Gema. *Op cit.* p. 19.

Esta construcción jurisprudencial también recibió aportes de las SSTC 254/1993 y 290/2000. Sin embargo, en efecto, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, define el derecho fundamental a la protección de datos -y aquí lo define como expresamente fundamental- y determina que es más amplio que el derecho a la intimidad, abarcando la esfera de los bienes relativos a la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada y que conducen, sin falta, a la dignidad humana³⁰.

A pesar de toda la normativa internacional, europea, nacional y toda la jurisprudencia que admite el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental, Rallo Lombarte cree que la jurisprudencia española aún lucha por "dar plenitud dogmática"³¹ a este derecho.

En el momento de la aprobación de la Directiva 95/46/CE, nadie podía prever cuán profundamente iba a evolucionar el entorno digital, en la importancia que iba a adquirir Internet, liderado por Google, para el funcionamiento de las sociedades³².

Incluso antes de que entrara en vigor el RGPD, países como Italia, desde 2004, ya habían publicado el *Codice in materia di protezione dei dati personali*, aprobado por el *Garante per la protezione dei dati personali*, el organismo equivalente a la AEPD en España. El código determina límites para la recolección de datos

³⁰ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. *Op. cit.* p. 185.

³¹ RALLO LOMBARTE, Artemi. "De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)", UNED. *Revista de Derecho Político*. N.º 100, septiembre-diciembre, 2017. p. 643.

³² MINERO ALEJANDRE, Gemma. Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n. 50, p. 13-58. 2017. p. 22.

históricos y de interés informativo general en relación con la privacidad de las personas³³.

Rallo Lombarte apunta a una "europeización irreversible" de los avances en protección de datos, ya que España sólo alcanzó el nivel de la legislación actual en virtud de las obligaciones internacionales a las que está sujeta³⁴.

A pesar de todo el embrollo, volver la mirada para la historia de países europeos es interesante por su extensa experiencia sobre el asunto, una vez que ya en la década de 1970, varios países comenzaron a desarrollar instrumentos para el procesamiento de información individual. Por ejemplo: Suecia (1973), Austria, Dinamarca, Noruega, Francia (1978), Alemania (1977) y también Estados Unidos (1974). Asimismo, a nivel constitucional Portugal (1976) y España (1978)³⁵.

Los casos que son importantes mencionar aquí, que iniciaron los debates en Alemania y siguen sirviendo de base para discutir la protección de datos -y en particular también alimentan el debate sobre el derecho al olvido-, son los casos de la acción de inconstitucionalidad de la Ley del Censo y los casos Lebach I y Lebach II.

El primer caso -Ley del Censo- se destaca por el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa. El gobierno alemán, como una forma de contar numéricamente a la población, pretendía obligarlos a poner a disposición pública información de carácter

³³ WARREN. Samuel D, BRANDEIS. Louis D. "The Right to Privacy". Harvard Law Review, Vol. 4, Nº. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. p.11.

³⁴ RALLO LOMBARTE, Artemi. "De la «libertad informática» a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales. (1978-2018)". *Op. Cit.* p. 643.

³⁵ RALLO LOMBARTE, Artemi. "De la «libertad informática» a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales. (1978-2018)". *Op. Cit.* p. 645.

personal sin justificación alguna y sin determinar por cuánto tiempo permanecería en su poder. El Tribunal Constitucional alemán consideró esto como una ofensa al libre desarrollo individual, la autodeterminación informativa y el bien común.

El segundo caso -Lebach I- destaca por ser el primero que, además de abordar la protección de datos personales, abre un debate sobre el equilibrio entre los derechos de la personalidad y el derecho a la información, además de que, aun sin mencionar el término “derecho al olvido”, sentó las bases del debate³⁶.

El caso está relacionado con la repetición de un documental que informa sobre un crimen. Aquí, uno de los condenados como coautor argumenta que tal exposición mitigaría su resocialización cuando estaba a punto de salir de prisión.

Alega que recordar los hechos sería para él vejatorio y sin interés informativo para la sociedad. El Tribunal Constitucional Federal alemán acoge la petición del autor y prohíbe la emisión del documental, prevaleciendo así el derecho a la personalidad -cuando se trata en particular del derecho a la resocialización- en detrimento del derecho a la información cuando ya no existe ningún interés actual.

El caso Lebach II de 1999 guarda ciertas similitudes y una gran diferencia con el caso Lebach I. En esta ocasión, es un documental que narra cierto crimen en el que los condenados, que lo habían sido a cadena perpetua, no ven expuestos sus nombres ni imágenes. En otras palabras, la similitud – entre Lebach I y Lebach II - es el hecho

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 109.

de que el crimen se recuerda a través de una obra artística, y también la solicitud de las partes de que prevalezcan los derechos de privacidad y personalidad con el no recuerdo de los crímenes.

La gran diferencia entre ambos es que el caso Lebach I se apoya en uno de los argumentos más fuertes a favor del derecho al olvido: la resocialización, cuando el caso Lebach II no contempla esta posibilidad, ya que los delincuentes se encontraban en una condición de prisión perpetua. Otra diferencia radica en la exposición que efectivamente se produce con la divulgación de los nombres e imágenes de los delincuentes en Lebach I, cuando en el otro caso no se publican estos datos.

Además, el TCF en el caso Lebach II contradice el entendimiento anterior y afirma que los derechos de la personalidad no garantizan absolutamente un derecho al olvido junto con el delito.

Si bien los tres casos mencionados aún no sugieren ni conceptualizan un concepto estandarizado del derecho al olvido, son constantemente recordados por la doctrina como punto de apoyo para iniciar debates. El caso de la Ley del Censo se debe en gran medida a la conexión entre los derechos de la personalidad y el derecho a la autodeterminación informativa -derecho fundamental y también base del derecho al olvido- y en los otros dos casos (Lebach I y Lebach II) es debido al debate generado sobre la necesidad del olvido para que se pueda realizar adecuadamente el derecho a la resocialización. Si bien estos dos últimos tuvieron resultados diferentes, la justificación no se contradice, ya que no existe el derecho a la resocialización -ni la necesidad de olvidar para que el condenado pueda reiniciar su vida en sociedad- cuando se trata de la cadena perpetua.

Al mismo tiempo, Francia había atravesado unos años antes un episodio interesante: el Ministerio del Interior desarrolló en secreto el SAFARI (*Systeme automatise pour los fichiers administratifs et le repertoire des individus*), cuya idea era estandarizar los datos personales franceses y reunirlos en un único número de identificación.

El concepto no fue bien recibido por la sociedad, citando como ejemplo de este desacuerdo el título del artículo de la sección "Justicia" del diario *Le Monde* del 21 de marzo de 1974 que decía: "*Safari ou la chasse aux Français*" (Safari o caza de los franceses). Como resultado se creó la CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) y también se publicó la Ley 78-17 del 6 de enero de 1978 - *Loi relative a l'informatique, aux fichiers et aux libertés*³⁷.

Desde el punto de vista supranacional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vinculante para los países miembros desde 2009, inicia definitivamente el carácter de derecho fundamental el derecho a la protección de datos en su artículo octavo.

De esta forma, además de la CDFUE, el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 -que derogó la Directiva 95/46/CE - reafirma recientemente la fundamentalidad del derecho a la protección de datos ya en su punto 1 de la Exposición de Motivos:

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales **es un derecho fundamental**. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») y el artículo 16,

³⁷ SAFARI, la chasse aux Français", 40 ans après. **Données ouvertes**. 26 de enero de 2018. Disponible en <https://donneesouvertes.info/2018/01/26/safari-la-chasse-aux-francais-40-ans-apres/>. Último acceso en 25 de octubre de 2018.

apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de datos personales que le concierne³⁸. (negrita nuestra)

El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea comenzó a pensarse a través de una propuesta normativa realizada por la Comisión Europea en enero de 2012, que fue publicada en abril de 2016 y finalmente entró en vigor en mayo de 2018. Este Reglamento es innovador en el aspecto de que otorga a los ciudadanos un mayor grado de control sobre sus datos. Hace referencia a derechos de los ciudadanos tales como el derecho al olvido, la limitación del tratamiento, la portabilidad de los datos y también las obligaciones de las empresas que utilizan el tratamiento de datos, que serán directamente aplicables por los Estados miembros. La eficacia del Reglamento puede atestiguararse por las elevadas sanciones previstas y aplicadas.

La finalidad del derecho a la protección de datos y del derecho a la intimidad es la misma en el sentido de proteger la vida privada personal y familiar. Sin embargo, el derecho a la protección de datos es más amplio, puesto que no se limita a los aspectos íntimos de la persona, sino a cualquier dato personal.

Por tanto, el ciudadano tiene derecho a consultar sobre el uso de sus datos, a ser informado sobre el destino de los mismos, así como a acceder, rectificar y cancelarlos. El ejercicio de los derechos

³⁸ 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 <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> Último acceso el 21 de agosto de 2018.

ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) es considerado por Murga Fernández como parte del contenido genérico de la protección de datos³⁹.

Aun adhiriéndose al Convenio 108, los países de la Unión Europea dan un paso adelante para garantizar tanto la protección de datos personales como el buen funcionamiento del mercado interior en el sentido de la libre circulación de datos personales. Este es un requisito esencial para una buena fluidez del mercado, dada la importancia de los datos en la actual “tercera ola de globalización⁴⁰”, liderada por las grandes empresas tecnológicas.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 se publicó con el objetivo de subsanar una posible deficiencia en este sentido⁴¹. A nivel europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8.1) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 16.1) también lo consideran un derecho fundamental autónomo⁴².

La Unión Europea cuenta con una legislación encaminada a la protección de datos considerada como la “más exigente del

³⁹ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido/Data protection and Internet search engines: current issues and future perspectives about the right to be forgotten. **Revista de Derecho Civil**, v. 4, n. 4, p. 181-209, 2017. p. 188.

⁴⁰ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto. Walter Claudius Rothenburg (Organizador) **Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet**, Editora Thoth, Londrina, 2021.

⁴¹ MINERO ALEJANDRE, Gemma. Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. *Op cit.* p. 20 a 23.

⁴² MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido/Data protection and Internet search engines: current issues and future perspectives about the right to be forgotten. *Op cit.* p. 186.

planeta⁴³”, pero no logra proteger estos datos cuando salen de su territorio y comienzan a ser tratados en el territorio de países que tienen un bajo nivel de protección, o incluso carecen de esta.

Por su vez, las iniciativas producidas en suelo europeo en materia de protección de la privacidad y la intimidad frente al desarrollo tecnológico se remontan a la década de 1970, y se concretaron a través de la publicación de la legislación nacional. El resultado de estas iniciativas, o cuerpo legal, fue considerado por los expertos del Consejo de Europa como algo que había ganado un nombre propio, conocido a partir de ese momento como “protección de datos”.

By the end of 1974, experts at the Council of Europe considered that the body of law created across Europe for the protection of individuals against computerised records had acquired a name of its own, and that such name was ‘data protection’⁴⁴

Desde una perspectiva internacional y europea, el derecho a la protección de datos se introdujo por primera vez en el Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981. Este fue el primer instrumento internacional vinculante que abordó el tema.

Las cuestiones que generalmente entran en conflicto con el derecho a la protección de datos son: la libertad de expresión, la

⁴³ GUASCH PORTAS, VICENTE. LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012. p. 415.

⁴⁴ HONDIUS 1978, p. 3 en GONZÁLEZ FUSTER, Gloria. **The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU**. Springer Science & Business, 2014. p 86.

libertad de prensa, el derecho a la propiedad (en particular la protección de la propiedad intelectual), y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial⁴⁵.

Existe una búsqueda de armonización internacional en materia de protección de datos. Sin embargo, salvo avances en el territorio europeo, lo que se observa son soluciones nacionales divididas entre los dos modelos de entender la privacidad: el europeo -basado en la protección social y la intervención gubernamental - y el modelo americano - basado en la orientación liberal y la autorregulación empresarial⁴⁶.

Por las razones antes mencionadas, se sintió la necesidad de concretar este derecho a nivel regional con el objetivo de armonizar dichas legislaciones. Dos de estos instrumentos son importantes para comprender dónde nació la legislación europea actual y dónde podría inspirarse para futuras regulaciones internacionales, a saber: las “Directrices sobre la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales” de la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE⁴⁷) de 1980 y el

⁴⁵ MINERO ALEJANDRE, Gemma. Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. *Op cit.* p. 23.

⁴⁶ DE MIGUEL ASENSIO, P., Derecho Privado de Internet, oc, en cita, similar, de REIDENBERG, JR, “ Resolver Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace ”, en *Stanford Law Review* , 52 (2000) 1351-1370.

⁴⁷ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), creada en 1961 para promover el desarrollo económico y el comercio mundial, cuenta hoy con 39 países miembros. Fue creado para reemplazar a la Organización para la Cooperación Económica Europea (OEEC) que, durante su mandato, tuvo como función la administración del Plan Marshall financiado por Estados Unidos para la reconstrucción de los países europeos involucrados en la Segunda Guerra Mundial. Sus análisis e informes aprecian datos de la economía mundial, por lo que hace recomendaciones con una base fáctica sumamente importante, lo que lo mantiene en un alto nivel de seriedad. (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Belén *et al.* Implicaciones institucionales de la ley de Protección de Datos. 2016. p. 46-47.)

“Convenio para la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales” del Consejo de Europa de 1981.

El instrumento internacional lanzado por la OCDE sobre protección de datos y flujo transfronterizo de datos fue el primero en esta temática. Cuando hace referencia al flujo transfronterizo de datos o transferencia transfronteriza de datos se refiere al tratamiento de un conjunto de datos personales recogidos en un país, o grupo de países, y tratados fuera de él o ellos.

Actualmente, la mezcla de globalización y tecnología tiene como resultado inevitable un desarrollo exponencial de tales transferencias, siendo un hecho que pone en peligro los derechos de la personalidad de los individuos.

En esta cuestión radica la preocupación de la regulación internacional del tema, ya que limitar el libre flujo de estos datos resultaría en la restricción del libre comercio entre socios importantes para la Unión Europea. Anticipándose a tales desafíos, al creciente aumento de la legislación nacional y a la necesidad de estandarizar y armonizar a nivel internacional el derecho a la protección de datos, se crearon las Directrices de la OCDE.

Las Directrices de la OCDE no mencionan directamente la “protección de datos”, sin embargo, se enfocan en la protección de la privacidad y las libertades individuales amenazadas por los datos personales que son procesados y utilizados de tal forma que puedan lesionar los derechos mencionados⁴⁸.

⁴⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica Martínez. “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”. *Op. Cit.* p. 64.

También muestra una preocupación constante por el control excesivo de la legislación interna en relación con los datos personales de las personas. A modo de ejemplo, en el prólogo del documento destacamos el siguiente reconocimiento:

Although national laws and policies may differ, Member countries have a common interest in protecting privacy and individual liberties, and in reconciling fundamental but competing values such as privacy and the free flow of information. (...) That domestic legislation concerning privacy protection and transborder flows of personal data may hinder such transborder flows⁴⁹.

Las negociaciones para la redacción de las Directrices de la OCDE, el primer instrumento internacional sobre protección de datos, estuvieron influenciadas por dos grupos. Mientras que, por un lado los miembros europeos creyeron que el enfoque centrado en el individuo sería más apropiado; por otro lado, Estados Unidos defendió que se debe buscar un equilibrio entre los intereses del individuo, su privacidad y la sociedad que depende de la información.

Finalmente, la Recomendación sobre las Directrices para la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales (*Recommendation concerning Guidelines on the Protection of Privacy and transborder Flows of Personal Data*) fue adoptado en septiembre de 1980 siguiendo las recomendaciones estadounidenses.

⁴⁹ **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.** OECD Publishing, 1980. Disponible en <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>. Último acceso en 29 de octubre de 2018.

Las Directrices de la OCDE son siempre recordadas por ser el primer instrumento internacional que, si bien no utilizaba la expresión “protección de datos” de forma explícita, y tampoco tenía un carácter vinculante, acabó influyendo en toda una legislación que estaba por venir, incluyendo la hasta hoy más importante y único instrumento internacional vinculante sobre protección de datos: el Convenio 108 del Consejo de Europa.

En materia de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es uno de los documentos más importantes y con un número importante de signatarios.

Aunque no prevé expresamente la protección de datos ni el derecho al olvido, al referirse a la “vida privada y familiar” en su artículo 8º se puede hacer -aunque ha suscitado varios debates doctrinales y jurisprudenciales- una interpretación extensa, que nos hace abarcar "*prácticamente todos los acontecimientos vitales de una persona así como todos los actos que expresan un comportamiento o una conducta personal*⁵⁰", que se aproxima a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto Internet basada en el derecho fundamental a la protección de datos.

El Consejo de Europa, organismo internacional, defensor de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, cuenta con la adhesión de 47 Estados de los cuales 27 forman parte de la Unión Europea⁵¹. Empezó a mostrar interés en el tema de la privacidad frente a la tecnología alrededor de las décadas de 1960 y 1970 y aún derivado de los mismos fenómenos que influyeron en la

⁵⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica. “Nuevos perfiles del Derecho al olvido en Europa y España” *Op. Cit.* p. 238.

OCDE, pero en esta ocasión buscando una estandarización que vinculara a los Estados signatarios del Consejo.

Esta necesidad se acompañó de la duda sobre si el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) referente a la vida privada y familiar, así como la legislación nacional, protegían o no contra violaciones que implicasen el uso de avances científicos y métodos modernos.

Como resultado, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 508 (1968) sobre derechos humanos y desarrollo tecnológico moderno.

Esta Recomendación indicó que los avances científicos y métodos modernos afectaban la privacidad defendida en el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y solicitó un estudio sobre el tema, por lo que el Comité de Ministros del Consejo de Europa incluyó el tema en el Programa Intergubernamental del Consejo de Europa para 1968-1969⁵².

De los estudios realizados se llegó a dos interesantes conclusiones. Primero, que todos los desarrollos tecnológicos señalados por la Recomendación 509 estaban bajo control, y que sin embargo, un nuevo elemento, que ni siquiera había sido mencionado, podía generar problemas: el ordenador⁵³. Y en segundo lugar, con esta constatación se encontró otro problema: el Comité de Expertos en derechos humanos entendió que el artículo 8º de la CEDH solo se aplicaría a la injerencia de las autoridades públicas y no de los

⁵² GONZÁLEZ FUSTER, Gloria. **The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU.**, *Op. Cit.* p. 79.

⁵³ HONDIUS, Frits W. 1978. The Council of Europe's work in the area of computers and privacy *Op. Cit.* p. 2.

particulares, en este caso empresas, es decir, quienes prestaban los diferentes servicios vinculados al uso de los ordenadores⁵⁴.

Como una forma de resolver el primer problema -no incluir e investigar el uso del ordenador-, a principios de la década de 1970 el Consejo de Europa cambió su enfoque sobre los problemas relacionados con la privacidad de los individuos frente a las tecnologías y comenzó a preocuparse primero por regular el uso de los ordenadores⁵⁵.

Para solucionar el segundo problema encontrado -aplicación del artículo 8 de la CEDH sólo a las entidades públicas-, adopta las Resoluciones 73 y 74.

La Resolución 73 adoptada en 1973 trató sobre la protección de la privacidad en relación con las bases de datos del sector privado, y la Resolución 74 trató sobre la privacidad de las personas en relación con las bases de datos del sector público, que buscaban orientar a los Estados miembros del Consejo de Europa, muchos de los cuales estaban desarrollando en esos momentos sus leyes de protección de datos.

Como una forma de observar la implementación de las Resoluciones 73 y 74, la Secretaría del Consejo realizó un estudio en 1975, a partir del cual se encontraron similitudes en los principios rectores de las normas adoptadas sobre protección de datos en los países miembros. Este estudio sin embargo, señala numerosas disparidades⁵⁶.

⁵⁴ GONZÁLEZ FUSTER, Gloria. **The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU.** *Op. Cit.* p. 84.

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.* p. 86

Así, aunque los países europeos tengan los mismos principios en relación con la protección de datos, de manera contradictoria, los objetivos eran diferentes. Por tanto, lo que sería el Convenio 108 acaba representando un punto de congruencia como “*cooperación transnacional y homogeneización en materia de protección de la vida privada de las personas.*”⁵⁷

En 1976 se creó una Comisión de Expertos en Protección de Datos, cuya misión sería presentar un Convenio para la protección de la privacidad en relación con el tratamiento de los datos, que debería estar listo para 1980⁵⁸.

En este momento se decide, apoyando la propuesta de uno de los expertos, Frits W. Hondius, que se redacte el Acuerdo para que otros países -no europeos- puedan ratificarlo. Por ello, no se denomina Convenio Europeo, sino simplemente “Convenio”⁵⁹.

El Convenio 108 es un marco para la protección de datos, ya que por primera vez se menciona tal derecho en un instrumento internacional vinculante. También por vez primera, la protección de datos se incluye en la lista de derechos y libertades fundamentales, poniendo fin a la duda, y afirmando finalmente que está protegido por el artículo 8 de la CEDH, y debe entenderse como equivalente al derecho a la vida privada y la familia⁶⁰.

En la exposición de motivos del Convenio 108 (*Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*) en el punto 19, se explica

⁵⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica, “Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos personales. Una línea recta para el diálogo judicial y el constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. Op. Cit. p. 66

⁵⁸ HONDIUS, Frits W. 1978. The Council of Europe’s work in the area of computers and privacy Op. Cit. p. 8.

⁵⁹ GONZÁLEZ FUSTER, Gloria. **The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU.** Op. Cit. p. 87.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 86.

que el derecho a la protección de datos debe ser protegido en detrimento del derecho a la información en la justa medida del respeto a la intimidad individual, tal y como así lo entiende el artículo 8º de la CEDH:

The convention's point of departure is that certain rights of the individual may have to be protected vis-à-vis the free flow of information regardless of frontiers, the latter principle being enshrined in international and European instruments on human rights (see Article 10, European Human Rights Convention; Article 19, International Covenant on Civil and Political Rights). Where the present convention imposes certain restrictions or conditions on the exercise of freedom of information, it does so only to the extent strictly justified for the protection of other individual rights and freedoms, in particular the right to respect for individual privacy (see Article 8, European Human Rights Convention) (ver el Artículo 8º de La Convención Europea de Derechos Humanos).

Otro hito es el hecho de que el Convenio 108 es el primer instrumento internacional vinculante que consagra el concepto de protección de datos como “*the legal protection of individuals with regard to automatic processing of personal information relating to them*”⁶¹.

MARTÍNEZ considera al Convenio 108 como un instrumento “transcendental”, por ser el primer y único instrumento internacional vinculante en materia de protección de datos y su entrelazamiento

⁶¹ ESTRASBURGO, 1981.

con otros derechos protegidos constitucionalmente⁶², en este caso, la protección de la vida privada defendida en el artículo 8º de la CEDH.

Rallo Lombarte destaca otro contexto que acompaña al Convenio 108 - además de la calificación y definición de datos personales en su artículo 2º - que es la extensión de la protección para el tratamiento de archivos depositados en bases de datos no solo de organismos públicos, sino también privados. Este problema había sido detectado previamente por el Comité de Expertos en Derechos Humanos del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y también abordado en las Recomendaciones 73 y 74, problema que, de no resolverse, dejaría a las empresas privadas fuera de la jurisdicción de Convenio 108⁶³.

En relación a los principios, el Convenio los separó en "calidad de los datos", "categorías especiales de datos" y "seguridad de los datos". Los datos deben obtenerse y tratarse de manera leal y lícita, deben ser fieles a la finalidad para la cual fueron obtenidos, deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos, exactos y, en su caso, actualizados. Asimismo, deberán conservarse únicamente durante el tiempo imprescindible para que cumplan los fines de su registro.

Se consideran datos especiales o sensibles aquellos que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas y de otro tipo, la información relativa a la salud o la vida sexual, las

⁶² MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica, "Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos personales. Una línea recta para el diálogo judicial y el constitucionalismo multinivel en la Unión Europea". *Op. Cit.* p. 65.

⁶³ RALLO LOMBARTE, Artemi. "De la «libertad informática» a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales. (1978-2018)". *Op. Cit.* p. 648.

condenas penales, y sólo podrán ser tratados de forma automatizada siempre que la legislación interna prevea las garantías adecuadas.

En cuanto a la seguridad, la Convención exige a los Estados que tomen medidas de seguridad adecuadas para que los datos personales no sean destruidos accidentalmente o sin autorización, y que no se pueda acceder a ellos, modificarlos o difundirlos sin autorización previa.

En cuanto al tema de la transferencia de datos, el Convenio 108 buscó articularse con las recomendaciones de las Directrices de la OCDE, que buscaban un equilibrio entre la protección y la libre circulación de datos a favor del desarrollo de mercados entre estos países.

Prueba de ello, incluso antes de la publicación del Acuerdo, fue el compromiso del Comité de Expertos en Protección de Datos con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de "previamente al principio del libre flujo internacional de información, apoyado por la OCDE, y abstenerse de poner trabas al comercio y al comercio internacional⁶⁴."

Pavón Pérez alerta que el Convenio 108 buscaba, al mismo tiempo, proteger la privacidad de los ciudadanos y la libre circulación de esta información. Sin embargo, mientras exista una protección equivalente de estos datos en el otro Estado signatario, si el Estado no es signatario, *a priori*, no se puede asegurar que habrá facilidad para la libre circulación de la información, impidiendo así relaciones

⁶⁴ HONDIUS, Frits W. 1978. The Council of Europe's work in the area of computers and privacy *Op. Cit.* p. 8.

que impliquen tratamiento de datos personales con países que no garanticen tal protección⁶⁵.

Por todo lo expuesto, afirmamos que el Convenio 108, sin lugar a dudas, fue separador de aguas en el escenario internacional de protección de datos personales. Asimismo, es interesante destacar que fue desarrollado en la década de 1970, cuando la vigilancia omnipresente en que ahora vivimos aún no era real, y donde no existía aún esa necesidad casi vital de Internet para los seres humanos -ya sea en términos económicos, políticos o sociales- ni la flagrante injerencia en los derechos y libertades fundamentales vinculados a los datos personales.

El fenómeno de la Globalización -que ya había demostrado todo su potencial- podría significar hoy día para los ciudadanos una verdadera pérdida si los Estados no se unen en la búsqueda de una mayor uniformidad de legislaciones y consensos en relación con la defensa del derecho fundamental a la protección de datos y el respeto a la libre circulación de esta información.

Hasta el día de hoy, el Consejo de Europa sigue siendo el único representante internacional de la legislación que trata la protección de datos de manera vinculante. Sin embargo, ya está desactualizado, y se considera insuficiente como autoridad global, incluso frente a la última actualización del Convenio.

Esto se debe a que parte de los firmantes del Convenio ya están avanzando más rápido dando pasos en la defensa de los derechos.

⁶⁵ PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio. La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El Protocolo Adicional al Convenio 108 relativo a las Autoridades de Control y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales. **Anuario de la Facultad de Derecho**, n. 19, p. 235-252, 2001.

Un ejemplo sería la Unión Europea que vinculó, en mayo de 2016, a sus 28 miembros -actualmente 27 miembros- al instrumento más avanzado en materia de protección de datos personales, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) 2016/679. Sin embargo, los otros 19 signatarios del Acuerdo no están obligados por el RGPD, ni tampoco los otros 6 países que no son miembros del Consejo de Europa y signatarios del Convenio, ni mucho menos los demás Estados del mundo que siguen y seguirán manteniendo relaciones de tratamiento de datos con los 47 países del Consejo de Europa y 53 signatarios del Convenio⁶⁶.

Coincidimos con Flaherty cuando considera que lo que el Convenio 108 determina sería la existencia de un derecho -la protección de datos- para posibilitar la protección de otro -la intimidad-⁶⁷.

La actualización de este Acuerdo, que pasó a ser conocido como Convenio 108+, innova en varios aspectos y es hoy uno de los principales instrumentos a nivel mundial en materia de protección de datos.

De esta forma, el 18 de mayo de 2018, después de 7 años de negociaciones, se actualizó el Convenio 108 durante la 128ª Sesión Ministerial del Comité de Ministros del Consejo de Europa, celebrada en Elsinore, Dinamarca. Esta actualización tiene en cuenta el nuevo

⁶⁶ Para más información sobre los países que se han adherido al Convenio 108 Ver Cuadro de firmas y ratificaciones de Tratado 108. Disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=AabDPVg3 . Consultado por última vez el 31 de octubre de 2018.

⁶⁷ FLAHERTY, David H. 1989. *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*. Chapel Hill: University of North Carolina Press. p. xiv.

Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. El comunicado de prensa enfatiza el carácter global único que la Convención sigue teniendo: *“Building up from “Convention 108”, which has more than fifty States Parties, the modernised convention will continue to be open to any country in the world as a unique global standard⁶⁸”*.

En cuanto a las novedades del ahora denominado Convenio 108+, ya se destacaba en su preámbulo la inserción de la protección de la “dignidad humana” y los “derechos humanos”, lo que amplía considerablemente el abanico de posibilidades para su aplicación, teniendo en cuenta los anteriores “derechos y libertades fundamentales” que también se incluyen en la nueva redacción.

El texto menciona el fenómeno de la globalización del tratamiento y flujo de datos como justificación a la necesidad de actualizar la norma, insertando la controvertida denominación de “autonomía personal” que se basa en el derecho de toda persona a controlar sus datos personales y su tratamiento.

Reafirmando su capacidad como autoridad mundial en materia de protección de datos, el texto declara que es necesario promover a nivel mundial los valores fundamentales de la privacidad -que ya se ha mencionado antes- y la protección de datos. En este último reside la gran novedad, porque al citar tanto la privacidad como la protección de datos, se alinea con la visión europea que refleja que la protección de datos es un derecho fundamental, individual y autónomo, distinto del derecho a la privacidad.

⁶⁸ Consejo de Europa _ Medios de Comunicación Reliase. Elsinore (Dinamarca), 18 de mayo de 2018. Disponible en <https://rm.coe.int/media-release-en/16808ac9fc>. Consultado por última vez el 22 de octubre de 2018.

En el artículo 2, incisos d, e, f, describe lo que considera “responsable” (término ya definido anteriormente, sin cambios significativos). Sin embargo, inserta también las figuras del “destinatario” y del “procesador” de los datos.

El artículo 3.2, que creaba una serie de excepciones a la no aplicación del Convenio -impidiendo así la unificación total de la legislación de protección de datos de los Estados signatarios- fue prácticamente derogado, quedando únicamente la regla relativa al uso de datos por parte de un particular en la esfera de las actividades domésticas o personales.

En el artículo 5, cobra especial énfasis el consentimiento para el tratamiento de los datos, en línea con la normativa europea cuando establece que los datos sólo serán tratados con la autorización inequívoca (*unambiguous*) de la persona a la que se refieren los mismos o en los supuestos de otras hipótesis legítimas previstas por la Ley.

En relación con los datos sensibles –también llamados categorías especiales de datos- la actualización del Convenio ha aumentado las alternativas. De esta manera, estos datos sensibles solo podrán procesarse si existen las garantías adecuadas en la legislación nacional.

Los datos sensibles que ya existían en la versión anterior y que continúan en la nueva versión del Convenio son los siguientes: aquellos que pueden revelar el origen racial (en la nueva versión se agregó el término “origen étnico”), la opinión política (se agregó “asociación sindical”), religión u otras creencias, y sobre salud o vida sexual de los individuos. Ahora también se incluyen en esta categoría los datos genéticos, los datos personales relacionados con

infracciones, procesos y condenas, los relacionados con medidas de seguridad y los datos biométricos que puedan identificar a una persona individualmente.

En el capítulo sobre “Flujos transfronterizos de datos personales” (Capítulo III), el nuevo texto se vuelve más exigente y específico en cuanto a la transferencia de datos provenientes de personas protegidas, hacia destinatarios ubicados en países que no son parte del Convenio.

Así, el artículo 14.2 sólo autoriza la transferencia de datos a un destinatario sujeto a la jurisdicción de un Estado u organización internacional no participante en el Convenio cuando demuestre un nivel adecuado de protección coincidente con el Convenio. Esto significa, de conformidad con el artículo 14.3, que debería hacerse mediante una Ley estatal o de una Organización Internacional, un Tratado o Acuerdo internacional.

Sin embargo, el proceso de adhesión de todos los Estados al Protocolo (CETS N°. 223) que modifica el Convenio para la Protección de las Personas en relación con el Tratamiento Automatizado de Datos Personales (ETS N°. 108) requiere una cantidad significativa de tiempo. Probablemente (y así sería lo esperable) Brasil no enfrente ningún problema ya que, incluso con retraso, tiene una legislación publicada en agosto de 2018, muy inspirada en el RGPD europeo, que a su vez influyó en los niveles mínimos de garantías de derechos de la Convención 108 actualizada, o Convenio 108+.

En todo caso, los siguientes puntos plantean excepciones estrictas, tales como la autorización expresa del titular de los datos

para tal transferencia, intereses públicos legítimos, etc. (ver artículo 14.4, 14.5 y 14.6).

Entendemos que el Convenio 108+, a pesar de la demora en su aprobación, viene con una importante ampliación de las garantías de derechos, llegando incluso a acabar con la duda de si el derecho a la protección de datos es o no un derecho autónomo, así como si está protegido o no por el artículo 8 del CEDH. El vínculo entre el derecho a la protección de datos, los derechos humanos y la dignidad de la persona humana lo sitúa en otro nivel de protección exigido por cualquier Estado firmante o que quiera mantener relaciones comerciales con ellos.

Si el Convenio 108 de 1981 ya era el gran instrumento de carácter mundial en materia de protección de datos, su actualización no deja lugar a dudas sobre la real y urgente adecuación de todos los países del mundo de su legislación a favor del reconocimiento del derecho a la protección de datos como un derecho autónomo y fundamental.

Sin perder de vista su vinculación con el derecho al olvido, dicho reconocimiento no hizo más que abrir la puerta a debates y futuras positivizaciones del mismo, que se dieron primero a nivel supranacional. No por casualidad esta se hizo por vez primera a través del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea -y no de ningún otro Reglamento- y posteriormente se introdujo en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea.

En vista de los debates internacionales que, si bien no utilizan el término “derecho al olvido” sino “desindexación”, queremos destacar alguna normativa del Consejo de Europa respecto a la

formación de perfiles. De esta forma, crear un perfil consiste básicamente en estudiar a través de algoritmos predeterminados a qué suele acceder una persona –o un grupo de personas– en Internet, con qué frecuencia y con qué intención. Así que, “el término perfil hace referencia a un conjunto de datos que caracterizan a una categoría de personas y que está destinado a ser aplicado a una persona⁶⁹”.

Por ejemplo, la compañía de transmisión *de video en streaming* Netflix estudia los hábitos de sus usuarios: qué tipo de material suele ver, con qué frecuencia, si inicia y pausa el material sin volver al contenido, qué director es más visto, qué actores, qué estilos cinematográficos, etc. Igualmente, como Netflix ya no es exclusivamente una plataforma, sino que también comenzó a financiar producciones, utiliza los datos que recopila de sus usuarios para producir material específico⁷⁰.

Aun manteniendo el foco en el Consejo de Europa, notamos que este órgano siempre se anticipa a las novedades jurisprudenciales y regulatorias de la Unión Europea, lo que demuestra su certera actualización en relación a temas de protección de datos. Sin embargo, está claro que la velocidad con la que la Unión Europea decide sobre un tema controvertido a través del

⁶⁹ Recomendación CM/ Rec (2010) 13 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, adoptado el 23 de noviembre de 2010. p. 4.

⁷⁰ Para obtener más información sobre las empresas que utilizan la creación de perfiles y el cruce de esta información con fines de marketing, *vide* SILVA FERREIRA, VANESSA ALVES DA. FONSECA E SÁ, MARIA IRENE DA. “Big Data: estudo de casos”. Em A Ciência Aberta o contributo da Ciência da Informação. Atas do VIII Encontro Ibérico EDICIC. Universidade de Coimbra, 20 a 22 de novembro de 2017. P. 21 – 34. Disponible en <http://sci.uc.pt/eventos/atas/edicic2017.pdf>. Consultado por última vez el 5 de noviembre de 2018.

Tribunal de Justicia o pública legislación, no puede ser la misma con la que el Consejo publica sus Recomendaciones no vinculantes.

Estas Recomendaciones no vinculantes otorgan mayor movilidad al organismo precisamente porque los Estados Miembros no están obligados. Sin embargo, siguen siendo importantes, ya que observamos que tanto la Unión Europea como terceros Estados acaban incorporando este tipo de innovaciones a sus ordenamientos jurídicos.

Como ejemplo podemos citar la Recomendación CM/REC (2012) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la protección de los Derechos Humanos en relación con los motores de búsqueda. Fue adoptado en abril de 2012 cuando ya se estaba discutiendo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el proceso que inauguró el derecho al olvido como derecho subjetivo, Asunto C-131/12 - *Google Spain*, sobre la consideración o no de los motores de búsqueda como “encargados del tratamiento” según la Directiva 95/46/CE vigente en ese momento. El punto 10 del Capítulo I de esta Recomendación ya admitía que los motores de búsqueda son procesadores de datos. Conclusión que el TJUE tomaría ese mismo año.

La Recomendación CM/REC (2012) 3, indicó que los motores de búsqueda podrían, con el fin de informar mejor a la población, tener acceso a contenidos (*sites*, informaciones, datos personales) disponibles gratuitamente en la web para rastrear e indexar. Por tanto, caso los motores de busca hicieran mal uso de esta facultad,

podría afectar a los derechos y libertades fundamentales, siendo necesarias estructuras normativas adecuadas de protección⁷¹.

Esta Recomendación no estimulaba a los motores de búsqueda a regular proactivamente los contenidos ilegales, sino a esperar una decisión del poder judicial o de la autoridad competente para eliminar los enlaces. Sin embargo, en algunos casos, señaló que podría haber solicitudes legítimas para eliminar enlaces, lo que, en nuestra opinión, ya abre espacio para que, en 2012, se planteara un debate sobre la desindexación sobre la base de que el derecho al olvido es más activo en 2022.

El mayor impacto de los motores de búsqueda consiste en su alcance efectivo de contenido que, aun estando en un lugar público, termina sirviendo a varios propósitos, incluso no pensados cuando se publican⁷². Por ejemplo, muchas veces un individuo publica información profesional en una plataforma específica para este fin, y a su vez esta misma persona tiene una red social para uso privado/doméstico; sin tener la intención de que al buscar su nombre en un buscador como Google se creara un perfil de su personalidad que incluyera su vida profesional y personal.

La Recomendación también mostró preocupación con algunos temas, principalmente en relación con las innovaciones tecnológicas como el aumento en el uso de archivos audiovisuales, el seguimiento del historial de búsquedas con la posibilidad de exponer datos sensibles, la popularización del uso de Internet y dispositivos móviles, la tecnología de reconocimiento facial, etc.

⁷¹ RECOMENDACIÓN CM/REC (2016) 7 Aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 2016. p. 1.

⁷² *Ibidem*. p. 4.

Todos estos elementos culminaron en una interesante conclusión en el número 8 del Capítulo I (derecho a la privacidad y protección de datos personales), donde se entiende que si la información sobre un individuo se encontrara por separado, habría una especie de resultado en relación con la imagen de ese individuo. Sin embargo, cuando se indexan diversos tipos de información en el resultado de la búsqueda realizada a partir de datos personales, la imagen que se forma no es necesariamente real o como la persona quisiera transmitir. De esta forma, abre la posibilidad de retirar información incorrecta o excesiva siempre y cuando se respete el derecho a la libertad de expresión⁷³. Específicamente percibimos aquí una clara apertura a la desindexación cuestionada como formadora de perfiles.

Dicho esto, los usuarios deben ser informados de la posibilidad de eliminar datos incorrectos o excesivos de las páginas web y los motores de búsqueda, en consecuencia, deben eliminar de inmediato las copias o extractos de copias que puedan tener almacenados en "cache" o como " *snippet*"⁷⁴.

En ese momento, solo existía la posibilidad de eliminar contenido incorrecto o excesivo directamente con los administradores del sitio y el papel de los motores de búsqueda se restringía a la eliminación de copias de este material cuando se solicitaba. Sabemos que actualmente, al menos para los ciudadanos de los 27 Estados de la Unión Europea que también forman parte del Consejo de Europa, las obligaciones de los buscadores han crecido considerablemente tras el reconocimiento del derecho al olvido. Hoy,

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem.*

además de las obligaciones antes mencionadas, los buscadores deben desindexar contenidos incorrectos, desacreditadores o que ya no correspondan a los fines para los que fueron indexados, siempre que exista una solicitud de los interesados, las autoridades competentes o el poder judicial.

Antes de pasar a tratar específicamente y con más profundidad la contribución que la Unión Europea ha hecho a la concreción del derecho al olvido, es factible una conclusión rápida sobre los debates realizados hasta ahora por el Consejo de Europa en los foros regionales europeos y los Estados en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

De esta forma, si bien el derecho a la autodeterminación informativa es, a nuestro juicio, más adecuado para sustentar el derecho al olvido -del que nos ocuparemos en otro capítulo-, la dimensión que ha tomado el derecho a la protección de datos en los debates en todo el mundo, especialmente en Europa, justificó el estudio más preciso del mismo. Lo más destacable se dio porque involucra el interés comercial de las grandes multinacionales tecnológicas y la necesidad de adecuarlas a altos estándares de defensa de los derechos humanos.

Como prueba de ello, el primer instrumento internacional que, a pesar de no utilizar el término “protección de datos” (que sería utilizado por primera vez en el Convenio 108) ya declaraba en su título la preocupación por la libre circulación de datos entre diferentes Estados y su relación con la privacidad de las personas, serían las Directrices para la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales.

Al considerar el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental y autónomo diferente del derecho a la privacidad, el Consejo de Europa deja espacio para que todos los derechos positivos bajo la salvaguarda del derecho a la protección de datos también adquieran tal importancia. Esto ha ocurrido con el derecho al olvido, tanto cuando observamos las Recomendaciones del propio Consejo sobre la desindexación de contenidos excesivos o inadecuados, como cuando fue positivado por parte de la Unión Europea.

Países como Portugal, España, Austria o Alemania destacan por añadir de forma precoz referencias al derecho a la protección de datos en sus Constituciones o jurisprudencia avanzada. Fue a nivel internacional, ya sea regional o supranacional, así como vinculante o no, donde se produjeron los grandes avances. Con ellos también llegó la influencia, y en algunos casos incluso la obligación, de avanzar en la senda de una mayor protección de las personas frente a las injerencias y riesgos derivados de la exposición indebida de los datos personales de los ciudadanos en la sociedad de la información.

El Consejo de Europa fue tan importante para el desarrollo de la legislación de protección de datos que el propio Convenio 108, publicado en la década de 1980, ya contenía los preceptos de protección de datos utilizados a día de hoy: finalidad del tratamiento, minimización de la recogida de datos, consentimiento de los datos personales, oposición al tratamiento y cancelación. Su actualización publicada en 2018 no decepciona, sino que amplía en gran medida los requisitos del Convenio anterior.

De todos los documentos del Consejo de Europa aquí estudiados, destacamos la Recomendación CM/REC (2012) 3 del

Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos en relación con los motores de búsqueda. Esta Recomendación lanza luz sobre el papel que juegan los buscadores en la protección de los datos personales, lo que nos acerca mucho a nuestro objeto de estudio, ya que tratar de desindexar es, en esencia, tratar con el derecho al olvido.

Es interesante también destacar que, si bien es un instrumento no vinculante, históricamente, los instrumentos de *soft law* en referencia a la materia, comúnmente migran a instrumentos de *hard law*.

4 MARCO SUPRANACIONAL EUROPEO (UNIÓN EUROPEA)

Las contribuciones de la Unión Europea son diversas, y en lo referente al derecho al olvido, podemos decir que es nuestra principal fuente. Ya sea desde un punto de vista jurisprudencial o legislativo, la Unión Europea innova e incide en el desarrollo de una doctrina que conceptualiza un derecho que, debido a las constantes actualizaciones de la tecnología, tiene una naturaleza desafiante.

Continuando el camino que toma el derecho al olvido desde el punto de vista de sus precedentes históricos, analizaremos algunos casos, leyes y doctrinas para luego adentrarnos, con más herramientas, en nuestra propuesta de conceptualización doctrinal del mismo. Este primer caso abre el debate sobre la posibilidad del derecho al olvido y hasta el día de hoy, es el caso de referencia cuando se profundiza en el tema.

El asunto C 131/12, referente a una Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, pasó a ser conocido como *Google España y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y M. Costeja González*. Es, concretamente, a partir de esta sentencia, cuando el derecho al olvido es reconocido oficialmente por el Derecho de la Unión Europea⁷⁵.

El asunto versaba sobre el litigio entre *Google España* y *Google Inc.* contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y M. Costeja González. Un caso donde la AEPD reconoce el derecho de los ciudadanos españoles a que cierta información de su pasado sea

⁷⁵ BOIX PALOP, ANDRÉS. El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el 'derecho al olvido' y las libertades informativas tras la Sentencia de Google. *Revista General de Derecho Administrativo*, v. 38, núm. 3, 2015. p. 17

desindexada de Google y se garantice la imposibilidad de futuros accesos.

La Audiencia Nacional Española, que fue quien elevó consulta prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo que originó la Sentencia de 13 de mayo de 2014, no sólo ha integrado los planteamientos del tribunal europeo y fijado los criterios de ponderación para la aplicación del derecho al olvido, sino que ha situado como elemento estructural de este derecho el poder de disposición de las personas sobre sus datos⁷⁶.

De esta forma, el derecho al olvido, discutido en esta sentencia, sienta las bases para su conceptualización. Asimismo, fortaleció el control de los particulares sobre sus datos frente a las grandes empresas tecnológicas y frente al interés público.

En el caso, el Sr. Costeja solicitaba al diario La Vanguardia que borrara o cambiara las páginas donde aparecían sus datos, o que utilizara herramientas puestas a disposición por los buscadores para que sus datos no aparecieran en esas consultas. También requería que Google España o Google Inc. cambiaran su configuración para que, al buscar su nombre, ya no se le ofreciera al usuario común un enlace que llevaba a una publicación referente al embargo de sus bienes, ya que tal situación, ocurrida en el pasado, se había resuelto por completo varios años atrás.

En el punto 27 de la sentencia que analizamos, el TJUE afirma que no se puede negar que, en efecto, los buscadores sí tratan datos

⁷⁶ AZURMENDI, Ana. Por un derecho olvidado para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google España y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014. 2015. p. 304.

personales. Esto es así ya que, al explorar internet para "recolectar", "recuperar", "registrar", "organizar", "conservar" o "comunicar", para que pueda realizar sus funciones de indexación, y al utiliza sus servidores y plataformas de almacenamiento para poner a disposición de los usuarios de sus servicios los resultados, se puede decir que esta actividad encaja en la definición de "tratamiento" recogida en el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46/CE.

El hecho de que los datos no hayan sido publicados por el propio buscador, sino previamente por un tercero, no desvirtúa la afirmación anterior, como así lo entendió el Tribunal en sentencia anterior⁷⁷.

Para la Directiva 95/46/CE, se considera responsable⁷⁸ del tratamiento de los datos, a la persona que define los fines y medios del tratamiento de dichos datos personales. Con este argumento, el TJUE considera que, en este caso se debe señalar a Google como "responsable"⁷⁹.

En resumen, la tesis desarrollada por el TJUE se fundamenta en que el tratamiento de datos personales realizado con vistas a las necesidades del servicio de un motor de búsqueda como Google Search -operado por una empresa radicada en un tercer Estado, que

⁷⁷ En este sentido, el juicio satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C 73/07, EU :C:2008:727, nº 48 y 49) *apud* Google España SL, Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C 131/12, EU:C:2014, nº 30.

⁷⁸ Artículo 2º, nº 1, d): " «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva , a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos datos personales; cuando los fines y medios del tratamiento estén determinados por leyes o reglamentos nacionales o comunitarios, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su designación podrán ser indicados por la legislación nacional o comunitaria." Directiva 95/46/CE. *Ibidem*.

⁷⁹ Sentencia Google Spain SL, Google Inc. c . Agência Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C 131/12, EU: C: 2014, nº 33.

sin embargo, tiene un establecimiento en un Estado miembro- se lleve a cabo "en el marco de las actividades de ese establecimiento, si tiene por objeto garantizar, en ese Estado miembro, la promoción y venta de espacios publicitarios ofrecidos por ese motor de búsqueda, que sirven para monetizar el servicio prestado por ese motor ⁸⁰".

Así, aunque la empresa con sede en el Estado español no opere directamente el tratamiento de datos, esta hace que la actividad de la central sea posible, ya que sin la rentabilidad de los anuncios que gestiona, la actividad del buscador sería económicamente inviable. Es por ello que no es necesario que la actividad sea realizada por la empresa, sino en el "contexto de actividades" como se ha dicho anteriormente.

Para Gonçalves, el TJUE ha ampliado la "protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos" a nivel global al obligar a las instituciones que no tienen sede en el territorio de los Estados miembros a restringir el acceso a la información de los ciudadanos europeos a través de investigaciones realizadas internamente e incluso provenientes de otros países. En este caso, el TJUE produjo una "resolución con eficacia global⁸¹".

Reflexionando sobre la cuestión de la "ponderación" exigida por el TJUE, es posible plantear alguna crítica, ya que esa ponderación se hará inicialmente y de forma mayoritaria, por el buscador. En palabras de Machado y Negri:

⁸⁰ *Ibidem*, n.º 55.

⁸¹ GONÇALVES ACUNHA, Fernando José. Democracia y transconstitucionalismo: "derecho al olvido", extraterritorialidad y conflicto entre órdenes jurídicos. **Revista de Derecho GV**, v. 12, pág. 748-775, 2016. p. 760.

(...) afirma-se um direito ao esquecimento como norma em tese necessária para limitar o poder econômico do operador do motor de tratamento de dados, porém, ao lançar justamente a essa parte, economicamente dominante, a tarefa (poder) de aferir se há ou não fundamento para a desindexação, o Tribunal acaba realizando o inverso. No lugar de limitar o poder econômico, reforça-o com o acúmulo do poder de dizer o que deve ou não ser esquecido⁸².

El objeto de la crítica radica en que el Tribunal ha delegado a una multinacional con orígenes e intereses puramente privados, la potestad de decidir qué debe ser desindexado y qué no. Sólo en caso de negación es cuando el interesado busca una esfera pública⁸³.

Boix Palop considera "peculiar" la posición de Google como juez de lo que es socialmente aceptable o no de estar presente en su lista indexada, porque dado que siempre quiere aparentar una potencial neutralidad, se ve obligada a desindexar datos personales a petición de sus titulares. El autor alerta de que Google ha estado en una "posición extrañamente privilegiada como intermediario informativo (y, dada su importancia como buscador, esto es de una enorme relevancia), por mucho que su decisión sea revisable después tanto en sede administrativa como judicial⁸⁴ "

Otra conclusión interesante que resulta de la interpretación de esta sentencia es la incompatibilidad del tratamiento de ciertos datos

⁸² MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensayo sobre la promesa jurídica del olvido: un análisis desde la perspectiva del poder simbólico de Bourdieu . *Op . Cit.*, pág. 374.

⁸³ Google España SL, Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C 131/12, EU :C:2014 , nº 33.

⁸³ *Ibidem*, n.º 55.

⁸⁴ BOIX PALOP, Andrés. El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el 'derecho al olvido' y las libertades informativas tras la Sentencia de Google. *Op. Cit.* por. 30

que inicialmente eran lícitos, pero que, sin embargo, con el tiempo se volvieron inadecuados.

En el caso del litigio principal que analizamos, el TJUE considera que, tratándose de un asunto sensible para la vida privada de esa persona, y que dicha información ya tiene 16 años desde su publicación original, no parece existir ninguna razón especial que pudiera justificar el interés del público, por lo que el autor tiene el derecho de exigir la eliminación del resultado de la búsqueda realizada a partir de su nombre que aparece en la lista de resultados del buscador⁸⁵.

Como enseña el propio TJUE en el apartado 82 de la sentencia, no hay necesidad de eliminar la información en cuestión de la página fuente, e incluso es posible que el sitio donde aparece la información original no esté sujeto al derecho de la Unión⁸⁶. La desindexación de las referencias puestas a disposición por un motor de búsqueda (resultado de una búsqueda realizada a través del nombre de una determinada persona) provoca mucho más impacto en la vida privada de esa persona que la propia información. Esto es así debido a la “ubicuidad” de internet y en especial de los buscadores, ya que dichas búsquedas facilitan en gran manera el acceso a la información y a la formación del “perfil social” de un individuo⁸⁷.

⁸⁵ *Ibidem.*, n.º 98.

⁸⁶ *Ibidem.*, n.º 82.

⁸⁷ Véase una importante aclaración en el párrafo 80 de la sentencia: “ Al respecto, es importante, en primer lugar, señalar que, tal como se señala en los párrafos 36 a 38 de la presente sentencia, un tratamiento de datos personales como el que nos ocupa en el litigio principal, realizada por el operador de un motor de búsqueda, pueda afectar significativamente a los derechos fundamentales al respeto de la intimidad y a la protección de los datos personales, cuando la búsqueda a través de dicho motor se realice utilizando el nombre de una persona física , ya que este tratamiento permite a cualquier usuario de Internet obtener, con la lista de resultados, una visión estructurada de la información sobre esa persona, que se puede encontrar en Internet, potencialmente relacionada con numerosos aspectos de su vida privada y que, sin el mencionado motor de búsqueda, no ha podido, o muy difícilmente, ha podido vincularse

En la práctica, según Heredero Campo, la diferencia entre el “derecho al olvido” y el “derecho a la cancelación” –ya existente con anterioridad- consiste en la posibilidad de eliminar los datos requeridos de los buscadores. De esta manera, no es necesario acudir a cada lugar donde se ha publicado cierta información y solicitar que esta sea eliminada. Así, la información sigue existiendo, pero de una forma menos accesible al no estar ya disponible en el buscador⁸⁸.

En el momento de la aprobación de la Directiva 96/45/CE, era imposible predecir las dimensiones que tomaría internet y mucho menos el tamaño que alcanzaría Google en cuanto a importancia en la vida de prácticamente todos los ciudadanos del mundo, así como en relación con el funcionamiento general de las sociedades⁸⁹. Por tanto, el derecho de cancelación tal como se pensaba en 1995 ya no es suficiente para satisfacer las exigencias actuales de privacidad y protección de datos. Así lo entendió el TJUE en esta Sentencia y así lo entendió el Parlamento Europeo cuando afirmó el derecho al olvido en el artículo 17 del RGPD de la Unión Europea.

Sarlet y Ferreira Neto también visualizan la diferencia entre un “derecho de supresión” que sería el caso de un hecho que no ocurrió en la solicitud formulada en relación con el periódico La Vanguardia

y establecer así un perfil más o menos detallado del interesado. Además, el efecto de injerencia en los derechos del interesado se multiplica por el importante papel que juegan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que hacen ubicua la información contenida en una lista de resultados de este tipo (ver, en este sentido, sentencia acórdão e Date Advertising e o., C-509/09 e C-161/10, EU:C:2011:685, nº 45).”

⁸⁸ HEREDERO CAMPO, Maria Teresa, “Evolución *tecnológica y derecho a la visión digital, desde sus inicios hasta la actualidad*”, en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo; BATUECAS CALETRO, Alfredo, *Entorno a la privacidad y protección de datos en la sociedad de la información. Op. Cit. p.76.*

⁸⁹ MINERO ALEJANDRE, Gema. Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. *Op. Cit.* pág. 22

–considerado editor, fuente o página original– y el derecho a la desindexación de los datos, cuyo hecho fue aceptado⁹⁰.

El segundo caso que comentaremos, cuyo tema principal es el derecho al olvido, se centra en una resolución el 24 de septiembre de 2019, siendo una disputa entre GC, AF, BH, ED (cuatro ciudadanos franceses anonimizados en el proceso) y el *Comisión Nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) de Francia.

En esta ocasión, la disputa surge cuando la CNIL se niega a notificar a Google Inc. (ahora Google LLC) para eliminar las referencias de una lista de resultados que se muestran al buscar los nombres de los respectivos solicitantes. El Proceso C-136/17 trae a primer plano principalmente, el tema del tratamiento de datos sensibles y datos referentes a procesos penales.

El litigio principal se divide en 4 casos no relacionados. El primero de ellos se trata del caso de una mujer, nombrada en la demanda únicamente como "GC", quien había pedido la eliminación del enlace que hacía referencia a la sátira publicada en YouTube en febrero de 2011, donde aparece en un fotomontaje junto al presidente de un concejo municipal donde ella fue jefa de gabinete, evidenciando así la íntima relación que existía entre ambos.

El fotomontaje fue publicado durante una campaña electoral donde ella se presentaba como candidata. En el momento de la denegación de su solicitud, ella ya no ejercía ninguna función pública, no era candidata, no era electa y ya no encabezaba la alcaldía, es decir, ya no ocupaba ningún cargo público.

El segundo caso se refiere a un hombre llamado "AF" que solicita la desindexación de un enlace que conduce a una publicación

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arturo M. Ferreira. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Op. Cit.* p. 100.

en el diario *Libération*, también reproducido en el sitio web del *Centre contre les manipulations mentales* (Centro Contra la Manipulación Mental) (CCMM) (Francia) -septiembre de 2008- que narra el suicidio de una seguidora de la Iglesia de la Cienciología, donde en ese momento, año 2006, AF era responsable de las relaciones públicas de dicha Iglesia. El autor del artículo afirma que contactó a AF y narró sus declaraciones en el mismo artículo. En el momento de la solicitud de desindexación, AF ya no realizaba esta función.

El tercer caso aborda el tema de un hombre identificado por las siglas "BH" que solicita la desindexación de enlaces que llevan a artículos, en su mayoría en prensa, que informan sobre un proceso en el que estuvo involucrado en 1995, referente a la financiación del Partido Republicano Francés. En febrero de 2010 se dictó un auto de no pronunciamiento en la causa referente a BH. El hecho es que cuando se realiza una búsqueda con su nombre, la mayoría de los enlaces remiten a artículos del momento del inicio del proceso cuando compareció como imputado, sin existir enlaces con el resultado posterior del mismo, en el que fue exonerado.

El cuarto y último caso trata sobre un hombre condenado a 7 años de prisión y a una pena accesoria de 10 años de seguimiento sociojudicial. El autor de la solicitud, nombrado aquí solo por "ED", fue condenado por abuso sexual cometido contra niños menores de quince años y la audiencia de juicio que lo condenó fue recogida en dos artículos publicados en los periódicos *Nice - Matin* y *Le Figaro*. A raíz de ello, "ED" solicitaba la desindexación de los enlaces que conducían a dichos artículos.

El órgano remitente francés planteaba asimismo una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, que a continuación procedemos a reseñar:

1. ¿Son aplicables a los buscadores las prohibiciones de tratamiento del art. 8, nº 1 – sobre datos sensibles – y nº 5 – sobre infracciones penales?

2. Si es así, ¿los motores de búsqueda están obligados a conceder solicitudes de desindexación?

3. En relación con las excepciones que prohíben el tratamiento de datos sensibles se señalan dos puntos: cuando existe consentimiento explícito del interesado (letra a, inciso 2 del artículo 8 de la Directiva 96/45/CE) y cuando es la misma persona quien publica los datos, o fuera necesario una declaración, en el ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial (párrafo e, inciso 2 del artículo 8 de la Directiva 96/45/CE). ¿Estos casos se aplican a los motores de búsqueda y, de ser así, deberían estos conceder solicitudes en esta situación?

4. El organismo remitente pregunta sobre la desindexación de enlaces que conduzcan a publicaciones con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria (artículo 9 de la Directiva 96/45/CE) cuando estos datos también sean sensibles y cuando sean sobre delitos penales (artículo 8, nº 1 y nº 5 de la Directiva 96/45/CE).

5. Cuando la solicitud se refiere a publicaciones ilícitas, ¿el motor de búsqueda debe desindexarla de la lista de resultados? ¿debería tener en cuenta este hecho al analizar los méritos de la solicitud? ¿o no tiene relevancia en ese hecho? También pregunta, en el caso de que esta circunstancia se considere relevante, cómo debe evaluarse la legalidad de las publicaciones realizadas en sitios fuera del ámbito de aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE.

6. Con independencia de la legalidad, cuando el solicitante demuestra que los datos están incompletos, son inexactos o están

desactualizados, ¿el operador del motor de búsqueda debe conceder la solicitud de desindexación? Siendo así, cuando el solicitante afirma que la información sobre una etapa anterior en un caso judicial donde aparece su nombre ya no tiene importancia –por ejemplo, porque haya sido exonerado- ¿debería el motor de búsqueda acceder a la solicitud?

7. La información sobre un proceso judicial que expone datos personales de una persona que comparece como imputado (o la descripción de un proceso y la condena), ¿puede ser considerada una hipótesis del artículo 8 n^o 5 que recoge que los datos personales de infracciones penales sólo pueden ser tratados bajo el control de las autoridades públicas?

El primer debate se refiere a la aplicabilidad de la Directiva 96/45/CE respecto los motores de búsqueda. En este caso el TJUE reafirma que su actividad es valorada como "tratamiento de datos" y que son considerados "responsables", apoyando su decisión citando el Asunto C-131/12 - *Google Spain*⁹¹.

Respondiendo a la pregunta sobre la obligación del motor de búsqueda de observar las restricciones del artículo 8, apartados 1 y 5 de la Directiva 96/45/CE (artículo 9, apartados 1 y 10 del Reglamento 2016/679), el TJUE reafirma que el motor de búsqueda es "responsable" como cualquier otro que trata datos personales y que ni la Directiva ni el Reglamento contienen alguna disposición que lo exima de tales responsabilidades por el tipo de actividad que realiza.

⁹¹ Sentencia de 13 de mayo de 2014, *Google España y Google*, C - 131/12, UE: C:2014:317.

El TJUE señala que las prohibiciones de tratamiento de datos considerados sensibles (art. 8, apartado 1 y apartado 5 de la Directiva) sólo pueden aplicarse a los motores de búsqueda bajo el control de las autoridades nacionales competentes a petición del interesado.

Asimismo, añade que las prohibiciones o restricciones del artículo 8, nº 1 y nº 5 de la Directiva se deben juzgar con el tratamiento de categorías específicas de datos personales, dejando al operador del buscador responsable de una posible desindexación en la medida de sus responsabilidades, competencias y posibilidades, siempre bajo el control de una autoridad nacional y a petición del interesado.

Para decidir si los motores de búsqueda deben conceder o no solicitudes de desindexación en los distintos supuestos planteados por el órgano jurisdiccional remitente, el TJUE establece que es necesario tener en cuenta una serie de reglas, excepciones y consideraciones que deben realizarse teniendo en cuenta la Directiva 96/45/CE, el Reglamento 2016/679 (especialmente en relación a su artículo 17) y la Carta.

Los datos planteados en el litigio principal son considerados sensibles en virtud del artículo 8 de la Directiva y, *a priori*, no pueden ser objeto de tratamiento. Sin embargo, la propia Directiva plantea excepciones, siendo las que más se ajustan al caso en cuestión las previstas en el artículo 8, apartado 2, inciso “a” y subapartado “e”. Es decir, los mismos datos considerados sensibles sí pueden ser tratados cuando exista consentimiento del titular, o bien, cuando él mismo los publique, o aun cuando fuere necesario para declaraciones y defensa en un proceso judicial

De esta forma, el Tribunal declara que, en relación con el primer requisito de excepcionalidad, si tratamos de encuadrar la actividad del buscador, se percibe que, en la práctica, no existe consentimiento para que este realice el tratamiento de datos personales. Pero también es necesario concluir que, desde el momento en que una persona solicita al buscador que deje de indexar cierta información suya se entiende que esta persona no consiente al tratamiento, por lo tanto, no existe “consentimiento” ni “base legal” para hacerlo.

Para el Tribunal, el operador de un motor de búsqueda debe verificar si la inclusión de dicha información es realmente imprescindible para garantizar el derecho a la información defendido en el artículo 11 de la Carta y el derecho al interés público defendido en el artículo 8, apartado 4, de la Directiva 95 / 46/CE.

Los buscadores están obligados a conceder solicitudes de eliminación en los casos del artículo 8, apartado 1 (datos sensibles) y apartado 5 (infracciones penales) de la Directiva 95/46/CE, siempre respetando las excepciones⁹².

⁹²Las excepciones al Artículo 8 n° 1 se describen en el Artículo 8 n° 2:

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará cuando:

a) el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado, o

b) el tratamiento sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y esta prevea garantías adecuadas, o

c) el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona, en el supuesto de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento, o

En el punto 69 de la sentencia, la Corte indica que el buscador debe realizar un ejercicio de equilibrio entre la necesidad de publicación por el interés público de los internautas y la injerencia en los derechos fundamentales a la intimidad y la protección de datos personales.

A nuestro juicio, el TJUE otorga demasiado poder a los buscadores para que este tipo de consideraciones -de por sí bastante subjetivas- las haga una empresa privada. Además, la autoridad pública sólo interviene en caso de negativa y posible denuncia del interesado ante la autoridad competente.

Pero, ¿qué pasa en los casos en que el motor de búsqueda elige aceptar la solicitud y proceder a la desindexación? ¿Quién revisará tal acto? Probablemente esa información sea desindexada

d) el tratamiento sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin fin de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo por razón de su finalidad y con tal de que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de los interesados, o

e) el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos o sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

El propio artículo 8, apartado 5, prevé la excepción:

“El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos.

Los Estados miembros podrán establecer que el tratamiento de datos relativos a sanciones administrativas o procesos civiles se realicen asimismo bajo el control de los poderes públicos.

sin que intervengan entidades públicas que sopesen si esa restricción al derecho a la información es excesiva o no.

En el punto 72, el TJUE señala que el hecho de que una publicación cite datos personales de una persona que haya sido imputada, condenada o no en un proceso, se califica como dato de "infracción" y "condena penal" en el sentido del artículo 8, no 5 de la Directiva 95/46/CE (artículo 10 del Reglamento), independientemente de que posteriormente la persona haya sido absuelta o no.

En cualquier caso, el tratamiento de estos datos está sujeto a las restricciones del artículo 8, nº 5 de la Directiva 95/46/CE, que sin embargo, pasa a ser un tratamiento lícito en el caso de que la legislación nacional prevea garantías adecuadas y específicas.

El TJUE cita una jurisprudencia importante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que señala que ante las solicitudes de retirada de contenidos en informes antiguos referentes a procesos penales, se debe tener en cuenta el equilibrio entre el respeto a la privacidad y la libertad de información. También enfatiza el papel de la prensa en una sociedad democrática y el derecho del público no solo a estar informado, sino también a realizar investigaciones históricas, o simplemente a conocer lo que sucedió en el pasado⁹³.

Así, el TJUE especifica una serie de requisitos, que debe observar el buscador a la hora de tomar la decisión de eliminar o no las referencias que conducen a páginas que contienen información

⁹³ TEDH, 28 de junio de 2018, ML y WW c. Alemania, CE: ECHR :2018:0628JUD006079810, §§ 89 y 100 a 102). Sentencia *Apud* GC, AF, BH, ED vs. *Comisión Nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), C 136/17, EU: C : 2019, nº 76.

sobre procesos penales en una etapa anterior, y que ya no corresponden a la situación actual:

1. La naturaleza y gravedad de la infracción
2. El desarrollo y resultado final del proceso
3. El tiempo transcurrido
4. El papel desempeñado por el interesado en la vida pública y su comportamiento en el pasado
5. El interés público en el momento de la presentación de la solicitud
6. El contenido y la forma de la publicación
7. Las repercusiones de la publicación en la vida de la persona

94 .

En el apartado 78 de la sentencia que analizamos se encuentra una solución interesante para los casos en los que realmente se debe mantener la supresión de los enlaces. Este recomienda que en estos casos el buscador esté obligado a organizar una lista de resultados de forma que los enlaces que informan sobre la situación actual del proceso aparezcan al inicio, dando así una visión correcta del resultado del mismo, lo que probablemente sea de vital importancia en los casos en que la persona sea exonerada⁹⁵.

Investigando la repercusión de la decisión en suelo francés, observamos que los casos referentes a GC y BH no fueron resueltos

⁹⁴ GC, AF, BH, ED vs. Comisión Nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), C 136/17, UE: C: 2019, nº 77.

⁹⁵ *Ibidem*. Nº 78.

por el Consejo francés (CNIL) por pérdida del objeto de la acción. En esos casos, Google ya había desindexado el contenido solicitado.

En el caso de ED, el hombre condenado por abusos sexuales a menores, el Consejo francés (CNIL) acabó aceptando la petición del autor. Su línea argumental se iniciaba recordando que la información sobre procesos penales que contienen datos personales es potencialmente dañina para el interesado debido a la sensibilidad de estos datos⁹⁶.

Para el Consejo de Estado de Francia (en formación jurisdiccional), corresponde a la CNIL, *a priori*, notificar al motor de búsqueda la obligación de desindexar, salvo en los casos en que, en el ejercicio de la contraprestación, se detecte que es estrictamente necesario para el derecho a la libertad de información y la libertad de información pública encontrar dichos datos a partir de una búsqueda hecha por el nombre de la persona interesada.

Igualmente, señala los requisitos que la CNIL debe tener en cuenta al tomar su decisión: la naturaleza de los datos en cuestión, su contenido, su naturaleza más o menos objetiva, la exactitud, fuente, condiciones y fecha de publicación, las repercusiones para la persona interesada, su reputación y papel en la vida pública y su papel en la sociedad⁹⁷.

¿En qué medida, para tener acceso a esa información, es necesario que el usuario del buscador introduzca el nombre de la persona en cuestión? El Consejo de Estado francés muestra que esta es otra variante que hay que tener en cuenta. Si se puede llegar a la información a través de palabras clave, mitigando así el daño a la

⁹⁶ *Ibidem*. Punto 12 de la decisión.

⁹⁷ *Ibidem*.

privacidad y protección de datos de la persona, es una posible salida a un planteamiento como el que nos ocupa⁹⁸.

Mucho se ha explicado ya a lo largo del presente estudio acerca del papel que tienen los motores de búsqueda –especialmente Google, por su tamaño e influencia global– en la creación de un “perfil social”, un perfil del que un individuo difícilmente puede escapar. La forma en que está organizada la lista de enlaces se atribuye a algoritmos que muy probablemente harán que las páginas más visitadas aparezcan en los primeros resultados.

No solo en el caso que nos ocupa, sino en muchos otros casos que involucran delitos, lo que podemos ver es que los resultados que aparecen en primer lugar son los relacionados con las partes más controvertidas del proceso como son la sospecha, la acusación o el juicio. Pero, difícilmente, noticias referidas a la absolución o al cumplimiento de la pena.

De esta forma, el Consejo francés recomienda expresamente que, en los casos en que no sea posible cancelar la indexación en virtud del derecho a la información, el motor de búsqueda reorganice la lista de resultados para que uno o más enlaces con información actualizada aparezcan en una posición que refleje fielmente la situación legal actual⁹⁹.

En conclusión, el Consejo francés entiende que mantener los vínculos significa dar al público un acceso directo y permanente a la condena. Sin embargo, según la legislación procesal penal francesa, en principio, solo deberían tener acceso a los datos de las condenas penales determinadas personas en situaciones restringidas, siempre

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*. Punto 13 de la decisión.

que se trate de personas sin notoriedad social. Por tanto, quedan acreditadas las repercusiones negativas en la reincorporación del señor ED, quien incluso afirmaba haber perdido dos puestos de trabajo por este motivo.

Asimismo, el Consejo francés confirma que la CNIL tampoco puede probar que los vínculos deben mantenerse por un supuesto derecho de inspección del funcionamiento de la justicia, ya que el señor ED tiene prohibido de manera permanente ejercer cualquier función que implique contacto con niños, y que la medida socio judicial de acompañamiento, en el momento de la decisión se encontraba en vigor. Finalmente, el Consejo decide que se anula la decisión de la CNIL que archivó el caso del señor ED y notifica al mismo, a la CNIL y a Google la desindexación obligatoria.

El caso del señor AF, el Consejo de Estado francés sigue una línea de argumentación similar a la que acabamos de exponer. Entiende que en esa fecha el hombre ya había dejado sus funciones en la Iglesia desde hacía más de diez años y que la CNIL no podía probar el interés del público en hacer una búsqueda por el nombre del autor para llegar a la noticia periodística. Se conserva el acceso a la noticia al buscar términos relacionados con el hecho y no con el nombre del señor AF. En vista de ello, ordena la anulación de la decisión de la CNIL y la notificación a los interesados para la desindexación.

En el penúltimo caso que hemos seleccionado para el análisis, el litigio tiene lugar entre Google LLC contra la CNIL cuando la primera se niega a cumplir con su decisión de borrar las referencias no solo en territorio francés o europeo, sino en todo el mundo. Al final,

la CNIL acaba imponiendo una sanción por valor de 100 mil euros y el caso es llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Incluso después de que Google eliminase los enlaces que hacían referencia a una persona en particular de su lista de resultados, el presidente de la CNIL le notificó, el 21 de mayo de 2015, que también los excluyera de todas las extensiones de dominio de su motor de búsqueda. Es decir, exigía que fuera excluida de los resultados de búsquedas realizadas en cualquier parte del mundo donde tuviera actividades por tratarse de una empresa multinacional.

Ante el Consejo de Estado francés, Google acusa a la CNIL de interpretar erróneamente las disposiciones del artículo 12, letra b), y del artículo 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46/CE. Las disposiciones citadas y la interpretación del TJUE condujeron al reconocimiento del "derecho al olvido" a nivel europeo cuando se resolvió el Asunto C-131/12 - *Google Spain*.

Google alega que, el hecho de que se haya reconocido el derecho a eliminar enlaces no implica que esta eliminación vaya más allá de los dominios de la jurisdicción europea. Google también acusa a la CNIL de violar los principios de cortesía y no injerencia en el derecho internacional público, la libertad de expresión, información, comunicación y prensa.

Ante la denuncia de Google, el *Conseil d'État* (Consejo de Estado francés, en formación jurisdiccional) decide plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, que podemos resumir de la siguiente manera:

1. El buscador, al aceptar la solicitud de supresión de referencias, ¿está obligado a borrar todos los nombres del dominio

de su motor, independientemente del lugar del mundo en el que se realice esta búsqueda, incluso fuera de la jurisdicción del derecho de la Unión Europea?

2. ¿O bien esta supresión debería realizarse únicamente en el Estado de origen de la solicitud de desindexación (en este caso sería Francia), cuando esta búsqueda se realice utilizando el nombre de dominio del país de origen de la solicitud (google.fr) o dominio de otro Estado miembro (por ejemplo: google.es, google.pt, google.it, etc.) que, naturalmente, cuando se escribe, se dirige al dominio del país (.fr)?

3. O incluso, ¿se debería utilizar la técnica del "bloqueo geográfico", consistente en suprimir los resultados de las búsquedas realizadas desde direcciones IP de cualquier Estado miembro, independientemente del dominio que utilice el usuario de Internet?

Después de la presentación de la solicitud de estas cuestiones prejudiciales, Google implementó un proceso de localización geográfica de los resultados de búsqueda. Así, con independencia del nombre de dominio ingresado por el internauta, este será redirigido automáticamente al dominio del país desde el cual se realiza la búsqueda, generando así el resultado de la búsqueda referente a la localidad donde se encuentra.

La decisión causó una gran preocupación en la comunidad académica y jurídica debido a que se le estaba preguntando al TJUE sobre la extensión territorial de sus decisiones. ¿Qué fronteras podría cruzar tal decisión? ¿A qué soberanías estaría afectando?

El TJUE señala que entiende que un internauta de fuera de la Unión Europea puede tener acceso a contenidos que hayan sido

desindexados dentro del territorio de la Unión y este hecho puede tener un efecto en la vida del interesado. Sin embargo, va a argumentar sobre la imposibilidad de prohibir fuera de su jurisdicción.

El artículo 59 del Acuerdo es enfático al afirmar que en otros Estados no miembros el derecho a suprimir las referencias -el derecho al olvido- ni siquiera existe o tiene un significado diferente al creado por la UE.

Para el Tribunal, no existe en ningún artículo de la normativa (artículo 12, letra b, y artículo 14, párrafo primero, letra a de la Directiva 96/46/CE, o artículo 17 del Reglamento 2016/679) de forma expresa o por interpretación, la suposición de que, para cumplir con el derecho a la protección de datos y la privacidad, es necesario desindexar o eliminar las referencias más allá de las fronteras de la Unión Europea. Tampoco los artículos 56 y 60 a 66 de la Directiva 96/46/CE, que tratan en términos generales de la cooperación entre las autoridades europeas de control dan lugar a tal interpretación. De esta forma, el Tribunal no exige que los buscadores supriman las referencias en todas las versiones de su motor.

Esta decisión se complementa centrándose en una nueva cuestión que hasta ese momento no había sido planteada por ninguna de las partes, a saber: los diferentes niveles de interés público en la materia según cada Estado miembro. Así, el Tribunal indica que las autoridades de control deben alinear sus entendimientos sobre la supresión de referencia haciendo uso de los mecanismos previstos en los artículos 56, 60 a 66 del Reglamento 2016/679 para tal fin.

En cuanto a los cambios realizados en la empresa Google antes de esa decisión (punto 42 de la sentencia¹⁰⁰), el TJUE delega en el Tribunal remitente francés el análisis sobre si son adecuados para lograr los fines propuestos por el Tribunal.

Sorprendentemente, en el punto 72 de la sentencia, la Corte declara que, si bien el Derecho de la Unión no exige la desindexación a nivel mundial -es decir, en todas las versiones del buscador, en el caso de Google-, no la prohíbe.

Sin embargo, entendemos que el TJUE no ha querido delegar tal decisión al buscador, ya que únicamente nombra a la "autoridad de control" y a la "autoridad judicial de un Estado miembro" como titulares de la facultad de equilibrar los derechos a la intimidad y la protección de datos del interesado y del derecho a la información, para posteriormente, si procede, ordenar al buscador la desindexación de todas las versiones del mencionado motor.

Finalmente, el último caso que analizaremos es el que involucra a *Salvatore Manni contra la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce* – Asunto C-398/15.

En esta ocasión, la disputa principal se refiere a una solicitud hecha por S. Manni, quien en ese momento era el único director de Italiana Costruzioni. Srl, responsable de la construcción de un complejo turístico. En el pasado, S. Manni fue administrador único y

¹⁰⁰ Vide el Artículo 42 del Acuerdo de Google LLC vs. *Comisión Nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), C 507/17, EU: C: 2019: "Durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, Google ha explicado que, tras la presentación de la petición de decisión prejudicial, elaboró una nueva configuración de las versiones nacionales de su motor de búsqueda, en la que el nombre de dominio introducido por un internauta ya no determina la versión nacional del motor de búsqueda a la que este accede. De este modo, el internauta es dirigido automáticamente a la versión nacional del motor de búsqueda de Google que corresponde al lugar desde el que se considera que efectúa la búsqueda y los resultados de esta se obtienen de acuerdo con ese lugar, que es determinado por Google mediante un proceso de localización geográfica."

liquidador de Immobiliare e Finanziaria Salentina Srl, que fue declarada en quiebra en 1992 y luego liquidada el 7 de julio de 2005.

El autor alega que el hecho de que sus datos personales aparezcan en la Cámara de Comercio de su ciudad, asociados a un momento crítico de otra empresa, desfavorece la imagen de la empresa actual, llegando incluso a imposibilitar la venta de los inmuebles. Por lo tanto, solicita al Tribunal de Lecce en Italia, a fecha del 12 de diciembre de 2007, que la Cámara de Comercio de Lecce anonimice o bloquee los datos que vinculan a S. Manni con la quiebra de Immobiliare Salentina. El Tribunal confirmó y, además, condenó a la Cámara de Comercio de Lecce al pago de 2.000 € por daños y perjuicios, más los intereses y gastos.

El *Tribunal di Lecce* (Tribunal de Lecce) basa su decisión en el principio de que los datos personales de una persona física no pueden vincularse eternamente a etapa negativa de una empresa, y en el caso explicado, a la quiebra, por razones de interés público en su conservación.

El Código Civil italiano no prevé una duración máxima de registro, por lo que el Tribunal consideró que se debe utilizar como referencia un “período apropiado” después del proceso de quiebra y cancelación en el registro de sociedades, para anonimizar el nombre del único administrador de dicha sociedad, ya que se conserva una “memoria histórica” de la existencia y quiebra de la sociedad con el anonimato del administrador¹⁰¹. La Cámara de Comercio de Lecce apeló la decisión ante la *Corte Suprema di Cassazione* (Tribunal Supremo de Casación, Italia), que suspendió el procedimiento y planteó la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

¹⁰¹ Sentencia Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce vs Salvatore Manni, C 398/15, UE:C:2016. Nº 28.

1. El principio de conservación de datos personales (artículo 6, nº 1, e) de la Directiva 96/46/CE, ¿puede interpretarse en el sentido de permitir la conservación de datos sin límite de tiempo de conformidad con el principio de publicidad en materia de registro de sociedades previsto en el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo¹⁰²? En otras palabras, ¿existe una incongruencia entre estos dos artículos?

El TJUE inicia su argumentación recordando su propia jurisprudencia, que garantiza que los datos personales no pierden su sustancia por estar insertos en el contexto de una actividad profesional¹⁰³. De esta forma, la identidad del liquidador de una empresa en un proceso de quiebra, prevista su publicidad en el artículo 2º, nº 1, j) de la Directiva 68/151/CEE, es un dato de carácter personal según el artículo 2º, a) de la Directiva 95/45/CE.

Añade además, que la autoridad (en este caso, la *Cámara de Comercio de Lecce*), para mantener, transcribir y poner estos datos a disposición de terceros cuando sea necesario, debe llevar a cabo una actividad de "tratamiento de datos" y por ello es considerada

¹⁰² Además de este artículo, cabe mencionar el artículo 2º, nº 1, j) de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, que define la obligación de publicidad del nombramiento e identidad de los liquidadores. Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, destinada a coordinar las garantías que, para proteger los intereses de los accionistas y de terceros, se exigen a las sociedades en los Estados miembros, en el sentido del párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de hacer que estas garantías sean equivalentes en toda la Comunidad. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 65/8, Luxemburgo, 9 de marzo de 1968 p. 3 – 5. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9943e8c9-e6bc-4bd8-b223-090eb70d4beb/language-en>.

¹⁰³ Sentencia de 16 de julio de 2015, ClientEarth y PAN Europe/EFSA, C 615/13 P, EU:C:2015:489, nº 30 y jurisprudencia citada.

"responsable" según los significados del artículo 2, letra b y d de la Directiva 95/45/CE.

El Tribunal se encuentra ante un dilema que pone de manifiesto, por un lado, la protección de los datos personales del administrador único de la sociedad, y por otro lado, el principio de publicidad, que tiene por objeto proteger los intereses de terceros, especialmente cuando se trata de sociedades anónimas o sociedades anónimas por cuotas, ya que la única garantía para los socios es el propio patrimonio social de la empresa.

Sobre el principio de la publicidad¹⁰⁴ el TJUE explica la importancia de la Directiva 68/150/CEE para la intensificación del comercio entre los Estados miembros y la seguridad jurídica entre empresas y terceros. Para el Tribunal, citando su propia jurisprudencia¹⁰⁵, a la hora de establecer relaciones comerciales con empresas de distintos Estados miembros es necesario registrar toda la información importante sobre las mismas, incluidas las personas que las representan¹⁰⁶.

El Tribunal construye su argumentación alegando la necesidad de mantener registros que deben ser accesibles a cualquier tercero, incluso fuera de la relación empresarial. Dichos registros pueden resultar necesarios para la investigación de cualquier ilegalidad que pueda surgir sobre esa empresa en el futuro. En cuanto a una posible propuesta para unificar un plazo de prescripción para el mantenimiento de estos datos, el Tribunal, coincidiendo con la opinión de la Comisión, lo considera imposible, ya que existe una

¹⁰⁴ Véanse los artículos 2 y 3 de la Directiva 68/151/CEE, *Op. Cit.*

¹⁰⁵ Sentencia de 12 de noviembre de 1974, Haaga, 32/74, EU:C :1974:116.

¹⁰⁶ Acuerdo de cámara de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura Di Lecce *contra* Salvatore Manni, *Op. Cit.*, nº 50.

infinidad de variantes que podrían influir dentro de un escenario de múltiples Estados miembros como es el caso de la Unión Europea¹⁰⁷.

El núcleo de la argumentación es la protección de las personas frente a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y, con ello, mantener la seguridad jurídica para un mejor desarrollo del mercado interior en la Unión Europea. No obstante, el TJUE deja abierta la posibilidad para

(...) **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.¹⁰⁸. (Negrita nuestra)

Por tanto, la excepcionalidad abierta por el Tribunal termina siendo competencia de los legisladores nacionales¹⁰⁹. Sin embargo, en el siguiente punto se pronuncia en el sentido de que, en el caso que nos ocupa, el mero hecho de que las viviendas -supuestamente- no se vendan bien porque, según el demandante, los posibles compradores no se fían del promotor, no se puede considerar una justificación plausible para no disponer de esos datos.

De esta forma, el Tribunal deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros decidan sobre el hecho de borrar o anonimizar los datos personales de las personas naturales que hayan participado en

¹⁰⁷ *Ibidem*, nº 55.

¹⁰⁸ *Ibidem*, nº 60.

¹⁰⁹ *Ibidem*, nº 61.

la administración y/o liquidación de sociedades, de conformidad con el artículo 2º, nº 1, los puntos d y j de la Directiva 68/151/CEE, y teniendo en cuenta:

1. La excepcionalidad
2. Las razones legítimas de la situación especial y personal del caso concreto
3. Un plazo suficientemente largo tras la disolución de la sociedad de que se trate.

Las conclusiones más destacadas que podemos extraer sobre la contribución de la Unión Europea en relación con el derecho al olvido parten de las novedades que ha supuesto el caso *Google España y Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y M. Costeja González*.

Objetivamente, el reconocimiento jurisprudencial de que los motores de búsqueda son "procesadores o distribuidores de datos" y su clasificación como "responsables" fue la primera declaración importante del Tribunal sobre el tema.

Es bastante discutible la facultad otorgada a los buscadores, como entidades privadas, de desindexar o no los contenidos a petición de los particulares. Siempre existirá la posibilidad de impugnación realizada en esfera pública. Sin embargo, cuando ocurra la desindexación y con ello la satisfacción de la solicitud del individuo, lo más probable es que este evento no pase a ser público o auditable.

Si hay, mientras tanto, una afrenta a la libertad de expresión o de información, será algo que se debatirá sólo entre dos expectativas

privadas: el individuo propietario de los datos y la empresa privada que actúa como motor de búsqueda, lo que a nuestro juicio hiere frontalmente la propia forma en que estamos acostumbrados a defender los valores constitucionales mediante la ponderación entre los derechos fundamentales. Este movimiento se ha realizado siempre dentro de un ámbito público y democrático, por instituciones y autoridades constitucionalmente investidas y legalmente capacitadas para realizarlos y no en la opacidad, por entidades privadas que claramente -y no podía ser de otra manera- tienen un primer compromiso con la generación de beneficios.

Otros dos puntos que destacamos de esta decisión son la cuestión del paso del tiempo como elemento determinante para establecer el mayor o menor interés del público por la información; y la diferencia entre “cancelación” -derecho ya previsto en la Directiva 95/46/CE- y “desindexación”, haciendo referencia a la interpretación del derecho al olvido que defendemos, novedad que aporta esta sentencia.

Cancelar datos o información significa borrarlos y hacer que no estén disponibles, mientras que la desindexación está dificultando que una empresa como Google forme perfiles sociales de individuos conforme le parezca más interesante comercialmente. El caso C-136/17, destacamos la obligación que el TJUE impone a los buscadores de desindexar datos sensibles y delitos penales -respetando las excepciones- siempre que exista una solicitud del titular, por entenderse que la solicitud de desindexación, en este caso, equivale a una retirada del consentimiento para el tratamiento de los datos.

Interesante conclusión, sin embargo, es que nuestra crítica sigue en la misma dirección que antes, ya que en el punto 69 de la decisión, el Tribunal indica que el buscador debe hacer un ejercicio de ponderación entre la necesidad de publicación o no. Es decir, como explicamos con anterioridad, la cesión de estas competencias a una empresa privada es algo peligroso para la defensa de los derechos fundamentales.

En este mismo proceso, la solución propuesta por el Tribunal, además de creativa, es bastante funcional cuando se trata de enlaces relacionados con noticias de infracciones penales. En estos casos, el Tribunal entiende que el buscador debe organizar los enlaces de forma que destaque el resultado del proceso y no las noticias que más “venden”. De esta manera cuando los enlaces no deben, o no pueden, ser desindexados, es interesante, principalmente para el buscador, ya que no está comprometido; para la sociedad porque sigue teniendo la posibilidad de hacer investigación histórica, y para el individuo porque ya no es visto como un criminal, y pasa a ser visto como alguien que fue acusado injustamente de un delito, o que ya pagó su condena. De esta manera, pasa a verse según la realidad del momento actual, y no desde un pasado ya superado.

Una importante conclusión, esta vez en territorio francés, se produjo en la aplicación de la Sentencia del TJUE en el caso concreto de AF. El Consejo de Estado francés consideraba si era necesario hacer una búsqueda con el nombre del autor del caso para llegar a la noticia o si a través de la búsqueda por otros elementos se obtendría el mismo resultado. En el caso en cuestión, como el hombre ya había dejado el cargo de administración de la Iglesia de la que formaba parte la mujer suicida, la vinculación de su nombre ya

no tenía sentido, y la CNIL no demostró que con sólo insertar su nombre se llegara a la noticia.

En cuanto a la extensión geográfica de la desindexación, el TJUE también se vio obligado a posicionarse, aunque, a nuestro juicio, acabó dejando abiertas varias posibilidades para que los órganos de control y el poder judicial de cada Estado-miembro hicieran su propia ponderación. La decisión en el caso de Google LLC contra la CNIL merecía una posición más enfática con miras a una mayor armonización de la jurisprudencia en territorio europeo.

Es por ello que aquí, consideramos que el TJUE perdió la oportunidad de delimitar las fronteras y límites del alcance del derecho al olvido y cedió peligrosamente esta competencia a la discrecionalidad de los Estados.

Como se ha visto en otras ocasiones cuando un Estado es más exigente desde el punto de vista de la protección de los derechos, este tipo de empresas migran con mucha facilidad sus inversiones a otros Estados menos exigentes, lo que puede causar un desgaste desde el punto de vista político y económico, y en este caso, también, desde el punto de vista del proyecto político de integración europea.

En el caso de *Salvatore Manni contra la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce* – Asunto C-398/15, no podemos dejar de señalar la declaración del TJUE sobre el hecho de que el nombre de cualquier persona involucrada en una empresa, incluida las relacionadas con su quiebra, es un dato personal y debe estar protegido por la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, el TJUE vuelve a caer en unas conclusiones que exigen, a nuestro juicio, demasiada discrecionalidad a los Estados, retrasando una posible armonización jurisprudencial como ya se criticaba en el último caso.

A pesar de las críticas, el TJUE es la Corte principal que desarrolla el tema de la protección de datos y en particular el derecho al olvido, que incluso fue recogido por primera vez a iniciativa de la Unión Europea a través del Reglamento 2016/679, que derogaba la Directiva 95/46/CE. Esto, a su vez, contribuyó de gran manera a la actualización y profundización del tema.

4.1 REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA - 2016/679 (GDPR)

El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea - 2016/679 (RGPD) ha sido considerado un hito importante en el avance de la defensa del derecho fundamental a la protección de datos en la Unión Europea, a la vez que en todo el mundo por sus efectos extraterritoriales.

Dentro del Mercado Único Digital resultó ser la base para el desarrollo de otras regulaciones a nivel europeo, pasando su aprobación por diversas presiones políticas de los más diversos campos.

(...) ha servido como inspiración para el resto de iniciativas regulatorias importantes de la Comisión Europea en el marco del Mercado Único Digital, sobre todo en lo relativo a la regulación de los intermediarios de Internet. Desde que la Comisión presentó la propuesta de RGPD hasta que se adoptó pasaron 4 años de duras negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE que sufrieron un intenso lobby. Así el resultado fue un compromiso muy trabajado¹¹⁰.

Y aquí radica la agudeza del Reglamento General de Protección de Datos: desde el momento de su entrada en vigor en mayo de 2018, es una norma de eficacia directa y aplicación inmediata - a diferencia de la Directiva anterior. Es decir, no es necesario ningún trámite legislativo para interiorizar la norma –como

¹¹⁰ GASCÓN MACÉN, Ana *et al.* El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, v. 13, n. 2, 2021. p. 231.

ocurre con las de tradición internacional y las Directivas– y no se permite la aprobación con reservas. De esta forma, los 27 Estados miembros de la Unión Europea cuentan actualmente con una norma única y fuerte en materia de protección de datos, incluido el derecho al olvido.

A diferencia del Reglamento que analizamos, la libertad que la Directiva 95/46/CE ofreció a los Estados miembros hizo que las normas se aplicaran con más indulgencia en unos Estados que en otros, lo que acabó siendo equivalente a una reserva de mercado.

En el mismo sentido, Silveira y Marques coinciden en que el hecho de que el derecho a la protección de datos fuera tratado antes por una Directiva y ahora por un Reglamento acaba generando "*maior coerência (ao menos formal)*" en la protección que cada Estado miembro de la Unión Europea debe dar a sus ciudadanos¹¹¹.

A liberdade conferida na transposição das diretivas para o direito interno dos diversos Estados-Membros, ainda que longe de irrestrita, permite a instituição de soluções nem sempre coincidentes, a consagração de exceções eventualmente equívocas e também a previsão de restrições/condições não partilhadas pelas restantes nações¹¹².

La intención de las instituciones comunitarias con el Reglamento General de Protección de Datos gira en torno a tres grandes objetivos: otorgar a cada ciudadano un mayor control sobre

¹¹¹ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 61, n. 3, p. 91-118, 2016. p. 106.

¹¹² *Ibidem.* p. 107.

sus propios datos personales, fomentar una actitud preventiva en los procesos empresariales, una mayor responsabilidad de estas empresas, y armonizar la legislación en la Unión Europea, principalmente en relación con el régimen sancionador¹¹³.

Entendemos que el nuevo Reglamento asume una postura de exigencia de un mayor nivel de implicación, tanto de ciudadanos como de empresas, en el proceso de tratamiento de datos. El hecho de que el consentimiento ahora sea expreso y en un lenguaje accesible otorga a los ciudadanos una mayor autonomía -para rechazar un tratamiento, por ejemplo- y conciencia de los nuevos retos y avances de la tecnología en relación con su vida privada.

Las empresas dejan de tener una posición pasiva y pasan, invariablemente, a adoptar una postura proactiva, elaborando un código de conducta, informe de análisis de riesgos, plazo de aceptación del tratamiento de datos y políticas de protección de datos, entre otras obligaciones.

No es diferente para la Administración Pública, donde también se debe implementar el RGPD. Así, de la misma manera “la responsabilidad proactiva, es un concepto difuso, pero no por ello menos obligado de cumplimiento, lo que exige a las administraciones públicas implementar importantes cambios tanto de visión como de organización¹¹⁴”.

¹¹³ GARCIA MEXÍA, Pablo. PERETE RAMÍREZ, Carmen. Internet y el Reglamento General de Protección de Datos. In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco regulador derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017**. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap5, p. 173-193. p. 173.

¹¹⁴ RUIZ, Aritz Romeo. La responsabilidad proactiva de las administraciones públicas en la protección de datos personales. **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas**, n. 18. 2020. p. 149.

En este caso, la prevención es el sistema que facilitará la creación de instrumentos que puedan, al final, garantizar la protección de datos por defecto¹¹⁵. Las políticas pueden ser internas o externas. Las de carácter interno deberán contribuir a la creación de “un sistema de garantías” que proteja efectivamente el tratamiento de la información personal¹¹⁶.

Costa Hernandez considera necesario crear políticas de seguridad (dirigidas a medir los datos de riesgo y qué medidas aplicar), políticas organizacionales (qué datos, quién y cómo se pueden tratar), políticas de sensibilización y formación (información dirigida a los directivos de las empresas para el manejo los datos) y políticas de control y verificación (controlar si las políticas adoptadas son efectivas).

También apunta a las políticas externas, que son aquellas a las que pueden y deben tener acceso terceras personas. Aquí nos referimos a las políticas de privacidad de los canales de recogida de información, las políticas de gestión de los derechos ARCO y los nuevos derechos como el derecho a ser olvidado. Las políticas de seguridad perimetral son a su vez, una protección contra fugas de datos¹¹⁷.

En cuanto a la armonización de la legislación a nivel europeo, el Reglamento contribuye al propio proyecto de integración de la Unión Europea. No tiene sentido que una organización en el nivel de

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 150.

¹¹⁶ COSTA HERNANDES, Raúl. Responsabilidad del responsable del tratamiento (art 24). In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). El nuevo marco regulatório derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap. 10. p. 423.

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 423 y 424.

desarrollo en el que se encuentra la Unión tenga políticas, legislaciones y especialmente sanciones inconsistentes en un tema que necesariamente permea el espacio territorial de todos los Estados miembros.

De esta forma, el Reglamento General de Protección de Datos tiene el claro objetivo de dotar de seguridad jurídica -tanto a nivel de las personas protegidas como a los encargados del tratamiento- a una normativa fragmentada a nivel europeo. Asimismo, también debe encargarse de actualizar una normativa de los años 1990, cuando internet aún estaba en sus inicios y el rápido desarrollo que tendría no podía predecirse¹¹⁸.

El Reglamento evita en lo posible dar margen de interpretación a los Estados al interiorizar la norma, tratando de precisar el ámbito de aplicación incluyendo a los buscadores como tratantes de datos de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE¹¹⁹.

Aquí podemos referirnos al Asunto C-131/12 - *Google Spain*, que revolucionó la jurisprudencia europea sobre el derecho al olvido. En la misma, al considerar a los buscadores como procesadores de datos, acentuó las consecuencias de encontrar o no determinada información, y atribuyó un amplio mandato a las grandes empresas tecnológicas. Estas mismas empresas acaban siendo grandes beneficiarias del Reglamento General de Protección de Datos, que unifican sus procesos de tratamiento de datos personales en toda la Unión Europea¹²⁰.

¹¹⁸ MINERO ALEJANDRE, Gema. *Op cit.* p. 36.

¹¹⁹ SAURA, José Ramón; PALOS-SÁNCHEZ, Pedro; NAVALPOTRO, Felipe Debas. El problema de la Reputación Online y Motores de Búsqueda: Derecho al Olvido. **Cadernos de Derecho Actual**, n. 8, p. 221-229, 2017. p. 225.

¹²⁰ *Ibidem.* p. 225.

Nos arriesgamos a decir que esta unificación es en parte global, debido a la gran influencia que tiene el ordenamiento jurídico de la Unión Europea en otros países. Por ejemplo, la Ley de Protección de Datos de Brasil, publicada en agosto de 2018, es una copia casi fiel del Reglamento General de Protección de Datos, por lo que los procesos de las empresas de tecnología sufren menores modificaciones al momento de una adaptación.

Previamente, la Directiva 95/46/CE, al imponer a los Estados la implementación de medidas adecuadas, los dejaba demasiado libres para entender lo que sería o no apropiado en cada caso, terminando a menudo en la impunidad o en una sanción irracionalmente alta.

La asimetría de la legislación europea provocó una “doble velocidad” en el avance de la defensa de estos derechos¹²¹.

Como ejemplo de ello, la sanción impuesta por España a Google en el expediente 2892/2013 por incumplimiento de la legislación en materia de protección de datos por importe de 900 mil euros, cuando, en el mismo caso, la CNIL francesa sancionó en 150 mil euros¹²². La Agencia Española de Protección de Datos, en otro caso emblemático, también impuso una sanción elevada muy significativa a Facebook, por importe de 1,2 millones de euros, por utilizar los datos de los usuarios con fines publicitarios sin su autorización¹²³.

¹²¹ RALLO LOMBARTE, Artemi. “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)”. *Op. Cit.* p. 660.

¹²² *Ibidem.* p. 657 y 658.

¹²³ G. GÓMEZ, Rosario. Protección de Datos multa a Facebook con 1,2 millones por usar información sin permiso. **El País**. Madrid. Setembro, 2017. Disponible em: https://elpais.com/tecnologia/2017/09/11/actualidad/1505120569_465734.html. Último acceso em 29/12/2018.

Mientras tanto, España siempre ha sido una referencia en materia de protección de datos debido a su alto estándar sancionador desde su primera legislación en la materia: la Ley 5/1992, de 29 de octubre¹²⁴. Tan altos estándares han sido cuestionados por los sectores de la publicidad y el marketing aludiendo a la "desventaja competitiva" en relación con los países vecinos. Se cambiaron los artículos de la legislación con el objetivo de uniformar, pero se mantuvo la tendencia de los altos valores de las sanciones. En este sentido y dada la diversidad con la que se establecieron las distintas normativas y jurisprudencia de los Estados miembros, la Comisión se vio obligada a repensar la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos con el fin de unificar dichos entendimientos a través de un instrumento aplicable en todos los países¹²⁵.

Un ejemplo de esta diversidad es que en 2010 ya se habían creado diez instituciones nacionales de protección de datos, dentro y fuera de la Unión -precisamente las encargadas de supervisar la forma en que se aplican las normas- ubicadas en Alemania, Canadá, España, Francia, Países Bajos, Irlanda, Israel, Italia, Nueva Zelanda y Reino Unido¹²⁶.

De esta forma, el Reglamento General de Protección de Datos se limita a las personas físicas¹²⁷ con independencia de su

¹²⁴ RALLO LOMBARTE, Artemi. "De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)". *Op. Cit.* p. 660.

¹²⁵ *Ibidem.* p. 667.

¹²⁶ MINERO ALEJANDRE, Gema. Una visita al "derecho al olvido": Construcción normativa y jurisprudencial del derecho a la protección de datos personales en el entorno digital. *Op. cit.* p. 130.

¹²⁷ Ya se está trabajando en una propuesta del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la legislación que cubre la libre circulación de datos no personales dentro de la Unión Europea. (13/09/2017, COM (2017) 495 final, 2017/0228 (COD). GARCIA MEXÍA, Pablo. PERETE RAMÍREZ, Carmen. Internet y el Reglamento General de Protección de Datos. En: LÓPEZ CALVO, José. (Coord **La nueva marco normativo derivado del**

nacionalidad o lugar de residencia. Es decir, puede ser un europeo residente fuera de la Unión Europea o un no nacional residente en territorio comunitario.

En cuanto a la aplicabilidad territorial de las normas europeas, el Reglamento General de Protección de Datos impone que sus normas se deben aplicar a los datos de los residentes en cualquier Estado miembro de la Unión y a las empresas que traten estos datos, tengan o no su domicilio social en la Unión Europea, y traten o no estos datos en territorio europeo¹²⁸.

Un encargado del tratamiento que aún no tenga un establecimiento en la Unión Europea o aún no procese datos de residentes, pero al menos ofrezca (de manera evidente) bienes o servicios a interesados en la Unión Europea, también debe someterse al Reglamento General de Protección de Datos. Asimismo, si la oferta de bienes y servicios se produce dentro de la Unión y existe un posible uso de los datos para elaborar un perfil, analizar preferencias, comportamientos y actitudes, se estará sujeto a la regulación¹²⁹.

El artículo 3.3 determina que también están sujetos quienes no tengan establecimiento en la Unión, pero que, sin embargo, traten datos en un tercer Estado que, en virtud del derecho internacional público, aplique la Ley de un Estado miembro¹³⁰. Tampoco distingue entre tratamiento automatizado y no automatizado, por lo que,

Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017. Op. Cit. p.176.

¹²⁸ Artículo 3, puntos 1 y 2 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 (RGPD).

¹²⁹ *Ibidem*. Artículo 3, inciso 2 y artículo 4, inciso 4.

¹³⁰ *Ibidem*. Artículo 3, inciso 3.

mientras los datos se conserven en un fichero, están sujetos a las normas del Reglamento¹³¹.

Quedan excluidos de este tratamiento las cuestiones relacionadas con la seguridad común de la Unión y la política exterior. También se excluye en el caso de una persona física que realice algún tipo de tratamiento de datos en un ámbito privado o familiar sin intención económica o profesional - esta determinación ya estaba presente en la Directiva 95/46/CE y en la Ley Orgánica de Protección de Datos -LOPD- española¹³².

Como ejemplo de datos que, en caso de ser objeto de tratamiento, están sujetos al Reglamento, podemos utilizar la *“correspondencia y la utilización de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales o actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades”*¹³³. Por tanto, los responsables del tratamiento que faciliten los medios para tratar dichos datos se regirán por el Reglamento General de Protección de Datos.

Como principios rectores de la protección de datos, el RGPD nombra en su artículo 5 los siguientes: a) Licitud del tratamiento: los datos deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente; b) El propósito para el cual se procesarán los datos debe estar muy bien determinado de manera explícita y legítima. Con posterioridad este propósito puede cambiar solo en el caso de interés público, investigación científica o histórica y para fines estadísticos: este es el

¹³¹ *Ibidem*. Artículo 2, inciso 1.

¹³² MUÑOZ ONTIER, Joaquín. Disposiciones Generales, artículo 1 al 5. In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco regulador derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017**. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap1, p. 330-350. p. 338.

¹³³ *Ibidem*. p 311.

llamado principio de propósito; c) El principio de minimización de datos explica que los datos deben ser tratados de manera adecuada, pertinente y limitada según la finalidad; d) El principio de exactitud requiere que los datos sean exactos y actuales siempre que sea necesario, y que los datos inexactos deben ser fácilmente rectificables; e) El principio de limitación de la conservación establece que es necesario determinar un tiempo exacto para la conservación de esos datos según la finalidad del tratamiento. Es posible que estos datos se conserven únicamente con fines de interés público, de investigación científica o histórica y con fines estadísticos; f) El principio de integridad y confidencialidad se ocupa, sobre todo, de la seguridad de los datos frente a tratamientos no autorizados o ilícitos, frente a pérdidas, destrucción o daños accidentales. Finalmente, el Reglamento General de Protección de Datos ordena que el responsable del tratamiento, además de cumplir con estos principios, tiene la obligación de probar que así lo ha hecho¹³⁴.

En relación con la privacidad de los menores, el Reglamento General de Protección de Datos destina todo el artículo 8 para una especial protección por su vulnerabilidad frente a los medios digitales y la facilidad con la que tienen acceso. Asimismo, el derecho al olvido es más estricto para este grupo, ya que se asume que no tuvieron o no tienen discernimiento de la importancia de su privacidad¹³⁵.

En el mismo sentido, Silveira y Marques consideran relevante el fortalecimiento de la protección otorgada a los niños y destacan lo

¹³⁴ Artículo 5, puntos 1 y 2 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 (RGPD).

¹³⁵ Guerrero Pico, M. C. (2006): El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Caracter Personal, Thomson-Civitas, Pamplona. In RALLO LOMBARTE, Artemi. *Op. Cit.* Pg. 661.

dispuesto en el artículo 6, nº 1, letra f y el artículo 8 del RGPD¹³⁶. Los dispositivos otorgan un tratamiento especial a los datos de los menores, incluso en los supuestos de interés legítimo del responsable del tratamiento o de terceros. El tratamiento de datos mediante consentimiento inequívoco sólo es válido para mayores de 16 años o, en caso de ser menores, con autorización de sus tutores. Los Estados miembros pueden reducir esta edad a un máximo de 13 años¹³⁷.

Regulado de forma autónoma en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos, el derecho al olvido “debe mucho a las conclusiones de la sentencia de Google” y, aunque es similar al derecho de supresión -ya previsto en la Directiva 95/46/CE- no se deben confundir ambos: el derecho al olvido busca proteger datos personales procesados o difundidos y, por lo tanto, accesibles a través de los motores de búsqueda¹³⁸.

Esta norma encuentra límites en el apartado 3 del artículo 17 del RGPD, que explica que no podrá ser ejercido cuando esté en conflicto con la libertad de expresión e información, cuando ese dato sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal, por respeto al interés público en el área de la salud, con fines de investigación científica, histórica o estadística¹³⁹.

¹³⁶ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p. 110.

¹³⁷ Artículos 6 y 8 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 (GDPR).

¹³⁸ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p. 111.

¹³⁹ Artículo 17, punto 3 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 (RGPD).

El derecho de supresión -como parte de los derechos ARCO- defiende que los datos personales sólo se conserven durante un tiempo determinado de acuerdo con los fines para los que fueron recabados. Así, el derecho al olvido es un derecho pensado para ser ejercido *online*, mientras que el derecho de supresión, ejercido a nivel *offline*¹⁴⁰.

El Reglamento General de Protección de Datos también innova en relación al nuevo “derecho de portabilidad”, que está destinado a las redes sociales. Así, le da la posibilidad al usuario de migrar de una red social, llevándose consigo toda la información almacenada si así lo desea¹⁴¹. Esta función práctica escapa al alcance de la conciencia ciudadana sobre el grado de intrusión en su privacidad, ya que, ante tal posibilidad, el interesado difícilmente tendría acceso a dicha información de forma legible¹⁴².

En cuanto a las garantías procesales, el Reglamento General de Protección de Datos también hizo un gran avance al incorporar las acciones colectivas "*tomando como referencia las class actions anglosajonas*¹⁴³". De esta forma, posibilita que las organizaciones, organismos o asociaciones presenten denuncias colectivas ante una autoridad nacional de control, o directamente ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro donde tengan su residencia

¹⁴⁰ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p.111.

¹⁴¹ RALLO LOMBARTE, Artemi. “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)”. *Op. Cit.* p. 661.

¹⁴² SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p. 111.

¹⁴³ RALLO LOMBARTE, Artemi. “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)”. *Op. Cit.* p. 661.

permanente, en nombre de una o más partes interesadas. Esta posibilidad aumenta la participación de los ciudadanos de a pie en la protección de sus datos por varios motivos, tales como más información y menores costes procesales¹⁴⁴.

El impacto global de esta regulación tiene dos vertientes: por un lado influye en otros Estados para que sigan el mismo camino (como por ejemplo Brasil) y también obliga a las multinacionales originarias de países extracomunitarios a adaptarse a la regulación, y más aún, a someterse a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴⁵.

En cuanto al ámbito material de aplicación, la diferencia entre el Reglamento General de Protección de Datos y la nueva LOPD es la prohibición del tratamiento de datos de personas fallecidas (artículo 2 y 3) que trae expresamente los procedimientos a seguir¹⁴⁶.

En cuanto al tratamiento de datos de personas físicas por parte de organismos europeos, el Reglamento 45/2001 ya preveía una protección específica. El mismo fue recibido por el RGPD solo advirtiendo sobre posibles ajustes para respetar principios y normas. En este contexto, también se creó el Supervisor Europeo de Protección de Datos, que se encarga de aplicar las normas de protección de datos en defensa de los ciudadanos europeos en relación con otros organismos europeos cuando estos traten datos¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Ibidem*. pág. 661.

¹⁴⁵ *Ibidem*. pág. 663.

¹⁴⁶ MUÑOZ ONTIER, Joaquín. Disposiciones Generales, artículo 1 al 5. In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco regulador derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017**. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap1, p. 330-350. p. 337 a 339.

¹⁴⁷ Para más información, *vide* la web de la Unión Europea en el espacio reservado al Supervisor Europeo de Protección de Datos. Disponible en <https://europa.eu/european->

En relación con el comercio electrónico, el Reglamento General de Protección de Datos especifica que no hay perjuicio de lo ya establecido en la Directiva 2000/31/CE.

Destacan aquí los artículos 12 al 15 que tratan de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios cuando ofrecen servicios de mera transmisión o de memoria *caché* (almacenamiento automático y temporal), resultando en estos casos, con algunas reservas, que no hay responsabilidad de este¹⁴⁸.

En materia de transparencia, se puede valorar positivamente el artículo 33 del Reglamento General de Protección de Datos en el sentido de que obliga a los responsables del tratamiento a comunicar a las autoridades de control, y en ocasiones incluso al interesado, los fallos en el sistema que hayan provocado una vulneración de sus datos personales.

Sin embargo, el problema radica en el vacío que crea el propio artículo, ya que otorga a los responsables la potestad de entender que la comunicación sólo debe realizarse en una situación de riesgo para los derechos y libertades de las personas. Así, “*a avaliação do risco que a violação suscitou, privatiza-se uma função que deveria caber exclusivamente à autoridade de controlo*”¹⁴⁹.

[union/about-eu/institutions-bodies/european-data-protection-supervisor_en](https://european-commission.eu/union/about-eu/institutions-bodies/european-data-protection-supervisor_en) Último acceso el 2 de enero de 2019.

¹⁴⁸ MUÑOZ ONTIER, Joaquín. Disposiciones Generales, artículo 1 al 5. In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco regulador derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017**. *Op. Cit.* p. 338.

¹⁴⁹ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p. 112.

Una vez más, la normativa se inclina hacia una postura de dar a las instituciones privadas un poder de decisión tradicionalmente ostentado por los organismos públicos. Lo mismo ocurre con el derecho al olvido cuando un particular solicita al buscador la desindexación de cierto contenido, esta información sólo llega a conocimiento de algún organismo público en caso de denegación de la solicitud, seguida del cuestionamiento a la decisión.

Haciendo una analogía con el entendimiento de Balaguer Callejón -que explica la actual gran crisis del constitucionalismo, que sería la interiorización del poder de los grandes agentes globales a través de las redes sociales-¹⁵⁰, entendemos que este fenómeno se da también a través de las facultades que el propio Reglamento General de Protección de Datos otorga a dichos agentes, como los ejemplos citados anteriormente.

Otro estudio del mismo autor declara que, los mismos agentes globales entienden los derechos sólo por su circunstancia de consumidor, es decir, como producto para el cual el mayor valor son los propios datos personales¹⁵¹.

La economía ahora se basa mucho más en la relación consumidor/capital que en la antigua relación trabajo/capital, ya que se exporta mucho más de lo que se produce¹⁵².

Así, los protagonistas dejan de ser los clásicos derechos fundamentales y derechos sociales, para dar paso a los derechos de los consumidores. Ya que, como los servicios de las empresas

¹⁵⁰ BALAGUER CALLEJÓN. Francisco. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. Anticipazioni Convegno 'Passato, Presente e Futuro del costituzionalismo e dell'Europa'. Contribuição publicada após a aceitação do Comitê Científico da Convenção "Passado, Presente, Futuro do Constitucionalismo e Europa", a ser realizada em Roma, de 11 a 12 de maio de 2018. p. 12.

¹⁵¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto. Walter Claudius Rothenburg (Organizador) **Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet**, Editora Thoth, Londrina, 2021. p. 4.

¹⁵² *Ibidem*.

tecnológicas se ofrecen bajo un régimen de monopolio u oligopolio, se hace difícil que el Estado limite su acción dentro de sus fronteras, siendo los derechos de los consumidores la principal herramienta de presión en relación a tales agentes por “garantizan la continuidad de los nuevos procesos económicos¹⁵³”. Para Balaguer:

Lo que importa es el beneficio económico, el desempeño en el mercado y los derechos constitucionales no son un obstáculo porque su efectividad se ha reducido al mínimo en el mundo digital¹⁵⁴.

El análisis de la libertad de expresión frente a las *Fake News* también es consecuencia de este escenario, ya que, para tales empresas, lo que está en juego es el negocio y la continuidad del modelo basado en un mayor número de accesos y tráfico de datos, y no sobre valores constitucionales defendidos por los Estados¹⁵⁵. (12)

El Reglamento también innovó en su artículo 37 con la creación del “delegado de protección de datos”. Esta figura es una especie de auditor interno de los responsables y a la vez, un interlocutor entre el responsable y la autoridad de control del país donde tiene su sede la empresa.

Las facultades atribuidas a las autoridades de control - concretadas en el artículo 58 del Reglamento General de Protección de Datos- pretenden "*terminar com a desarticulação europeia, em que coabitavam autoridades de controlo investidas dos mais amplos*

¹⁵³ *Ibidem.* p. 10.

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 11.

¹⁵⁵ *Ibidem.* p. 12.

*poderes de atuação e outras destituídas de prerrogativas de fiscalização e aplicação de sanções*¹⁵⁶.

La homogeneización de la legislación europea otorgando las mismas competencias y obligaciones a las entidades de control en materia de protección de datos, colabora con el fin del "fenómeno fórum shopping"¹⁵⁷ por el que las empresas acabaron optando por establecer su sede en países con menor control.

Es una tendencia que debe observarse en todo el mundo. Si hay algo que utilizan todos los países del mundo es el procesamiento de datos, que a su vez están interconectados a lo largo del proceso de globalización. Por tanto, si bien la defensa de los derechos humanos y fundamentales como la privacidad, la intimidad y la información no sea una prioridad para un Estado, debe ser, invariablemente, para adaptarse a la legislación de un país extranjero para que sus empresas puedan seguir negociando internacionalmente.

Como forma de aprendizaje, consideramos importante observar los aciertos y errores de la aplicación del RGPD desde que comenzó a utilizarse en 2016. La propia Unión Europea está buscando ser un "emprendedor normativo", influyendo no solo en los Estados miembros, sino también fuera de sus fronteras, para seguir siendo un referente en cuanto a estándares mínimos globales en los

¹⁵⁶ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p. 114.

¹⁵⁷ *Ibidem.* p. 115.

intermediarios de internet y el sector digital¹⁵⁸. En este sentido, Silveira y Marques:

*Se no mundo digital as garantias jurídicas são tanto mais ténues quanto mais se fragmente a aplicação das regras que as sustentam, resulta indiscutível que a União Europeia lança para o debate internacional uma reflexão séria e um exemplo concreto do que é possível fazer para garantir um denominador comum (mínimo ou máximo) que sirva à proteção de direitos que ainda se continuam a refletir, simples e eloquentemente, no primordial right to be let alone*¹⁵⁹

Tal pensamiento se acerca a nuestra posición en el sentido de que, tarde o temprano, todos los países del mundo necesitarán una norma interna de protección de datos, pero también una norma internacional que permita la libre circulación de estos datos, incrementando las actividades económicas globales y también protegiendo los derechos fundamentales de los usuarios. A día de hoy, la institución que mayor interés muestra por el desarrollo, incluso con vocación de influencia global, es la Unión Europea.

No se puede negar que fue a partir del RGPD que el tema de la “protección de datos” ganó urgencia en el escenario mundial. Cuando la Unión Europea decide dar un paso más aprobando un Reglamento vinculante y no cualquier otra norma de carácter internacional, el mensaje que envía es que el tema debe ser tratado con la máxima seriedad y armonización. Los países participantes en el bloque por separado (y con leyes más suaves o más estrictas), no

¹⁵⁸ GASCÓN MACÉN, Ana, et al. El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea. *Op. Cit.* p. 232.

¹⁵⁹ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. *Op. Cit.* p. 117.

tienen el poder que tienen los 27 Estados, con un enorme y poderoso mercado de consumo, para negociar una mayor protección de sus ciudadanos contra los procesadores de datos, en particular los proveedores de productos y servicios digitales.

4.2 ARTÍCULO 17 DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho al olvido se afirma por primera vez en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, que derogaba la anterior Directiva 95/46/CE.

Todos los principios que se aplican a los demás derechos de los interesados deben aplicarse también al derecho a la supresión y/o al derecho al olvido. Todas las solicitudes deben ser contestadas a título gratuito, no obstante, el Reglamento General de Protección de Datos prevé en su artículo 12.5, cierta protección al responsable del tratamiento cuando la solicitud del interesado sea manifiestamente infundada o excesiva por su carácter repetitivo. En este caso, que deberá ser probado por el responsable, éste podrá cobrar una tarifa razonable por los servicios administrativos o negarse a ejecutar la orden¹⁶⁰.

En el Capítulo III titulado “Derechos de los interesados”, en el Apartado 3 titulado “Rectificación y supresión” encontramos la institución analizada. El título del artículo es “Derecho a la supresión de datos”, y luego, entre paréntesis y entre comillas, aparece el término “Derecho al olvido”. En la propuesta de Reglamento de 2012 se utilizaba expresamente la denominación “Derecho al olvido”, que surge más tímidamente en la versión final de 2016.

¹⁶⁰ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. El derecho a la supresión de datos o el derecho al olvido: Análisis del artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos. En: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco normativo derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017**. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, SA 2018. Cap6, p. 216.

Para López Calvo¹⁶¹, la individualidad del derecho al olvido se está perdiendo paulatinamente por lo anteriormente dicho. Y para Azurmendi¹⁶², el motivo para evitar dar directamente al olvido el nombre correcto sería una respuesta a la presión de *lobby* de las grandes compañías de internet estadounidenses.

El artículo garantiza que el interesado podrá solicitar al responsable¹⁶³ del tratamiento la supresión de sus datos en caso de que ya no sean necesarios para la finalidad para la que anteriormente se justificó la recogida o el tratamiento: en caso de retirada por parte del titular del consentimiento que este hubiera dado para uno o más fines específicos -de conformidad con el artículo 6, párrafo 1, inciso a) en caso de que el interesado haya dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos sensibles¹⁶⁴ y lo retire en el futuro- a menos que la legislación de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición de tratar datos sensibles, prevista en el artículo 9, apartado 1, del RGPD, no puede ser cancelada por el interesado.

En el caso de cancelación de datos inapropiados y excesivos, se determina el bloqueo, lo que impide su tratamiento. Estos datos podrán ser solicitados por la justicia o la administración pública,

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 213.

¹⁶² AZURMENDI, A., "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google España y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", Revista de Derecho Político, número 92, enero-abril de 2015, p. 281 y 282.

¹⁶³ La definición de "responsable del tratamiento" está prevista en el artículo 4, apartado 7: "«responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

¹⁶⁴ Por datos sensibles, el Artículo 9 (1) se refiere a los datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el procesamiento de datos genéticos, datos biométricos para identificar a una persona de forma inequívoca, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona, y prohíbe su tratamiento.

cuando deban ser puestos a disposición dentro del plazo de prescripción, transcurrido dicho plazo, se producirá la supresión o derecho al olvido¹⁶⁵.

El interesado puede oponerse al tratamiento si no realiza una actividad de interés público o no tiene la consideración de autoridad pública (artículo 6, apartado 1, inciso e). También puede oponerse en el caso de prevalecer sus intereses o derechos y libertades fundamentales que requieren la protección de datos personales, en particular si el interesado es un niño (artículo 6, párrafo 1, letra f).

Cuando los datos hayan sido recabados con una finalidad y, para proteger intereses, dentro de la idea de una sociedad democrática, como en el ámbito de la seguridad y defensa del Estado (artículo 23, nº 1), el responsable deberá tener en cuenta los requisitos del artículo 6, nº 4, como vínculo entre el propósito inicial y posterior, el contexto, si se trata de datos confidenciales, de las posibles consecuencias y las posibilidades de salvaguardarlas.

El titular también podrá oponerse al tratamiento en cualquier momento, cuando sus datos sean utilizados para marketing directo, en particular cuando se utilicen para definir perfiles en lo que se refiere al marketing directo (artículo 23 nº 2).

En relación a la propuesta de Reglamento emitida por la Comisión Europea el 27 de enero de 2012, se ampliaron las posibilidades de aplicación del artículo 17, más precisamente en relación al inciso 1, letras d, e, f¹⁶⁶.

¹⁶⁵ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. El derecho de supresión de datos o derecho al olvido: Análisis del artículo 17 del Reglamento General de Protección De Datos. In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco regulador derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017**. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap6, p. 212.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 233.

En este caso, el responsable sigue estando obligado a suprimir la información sin dilación indebida en caso de que los datos hayan sido procesados de forma ilícita (artículo 17, nº 1, letra d) o cuando los datos deban suprimirse para cumplir una obligación legal derivada del derecho de la Unión o de un Estado (17, nº 1, letra e).

Cuando los servicios se ofrezcan a menores de 16 años y no exista el consentimiento de los responsables de los mismos, dicho tratamiento deberá ser considerado ilícito y, por tanto, los datos deberán ser suprimidos por el responsable a petición del titular (17º nº 1, letra f).

Si bien el responsable deja de dar publicidad a los datos cuando se le solicita, también debe informar a los demás responsables que el interesado les ha solicitado que eliminen los enlaces a esos datos personales, así como las copias o reproducciones de los mismos (artículo 17, nº 2). Esta es una obligación de información accesoria que acompaña a una obligación principal: la de supresión o borrado¹⁶⁷.

En este sentido, Troncoso Reigada¹⁶⁸ considera como único responsable al responsable principal y no al buscador (como la empresa Google). El responsable sería quien realizó la publicación inicial y quien también debe responder por el derecho al olvido. Así, el interesado únicamente debería dirigirse al *webmaster* con la solicitud de supresión de los datos, y éste, a su vez, debería dirigirse al buscador.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ TRONCOSO REIGADA. Antonio. "El derecho al olvido en internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos personales de la unión Europea!", Revista de Derecho, Comunicaciones y nuevas Tecnologías, número 8, diciembre 2012. p. 235.

Para el autor, la propuesta de Reglamento, que en este punto no fue aceptada, extingue el derecho de oposición al buscador en el caso de mantenimiento de la publicación original¹⁶⁹.

Se prohíbe el ejercicio del derecho de supresión u olvido cuando el tratamiento de los datos de que se trate sea necesario para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados, cuando el titular desempeñe una función de interés público o autoridad pública y el tratamiento de los datos sea necesario para el desempeño de las actividades propias del cargo (artículo 17, nº 3, letras a y b).

En el ámbito de la salud pública, no pueden dejarse de tratar los datos cuando, en interés público, sea necesario para “medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, de la acción sanitaria o social o de la gestión de los sistemas y servicios sanitarios” o tratándose de la acción social que se base en el derecho de la Unión o del Estado. Incluyendo, aun cuando se obligue mediante un contrato con un profesional del que sea objeto la obligación de secreto profesional (Artículo 17 nº 3, letra c, Artículo 9 nº 2, letra h) combinado con el Artículo 9º, nº 3.

Siempre en materia de salud pública, se permite el tratamiento de datos cuando, desde el punto de vista del interés público, sea necesario para la “protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o

¹⁶⁹ *Ibidem.* p. 235.

productos sanitarios”, pero siempre atendiendo al nivel de garantías del Derecho de la Unión y del Estado, especialmente en relación con el secreto profesional (Artículo 17, párrafo 3, letra c y Artículo 9, párrafo 2, letra i).

Los datos que sean indispensables para fines de archivo público, investigación científica o histórica o incluso para fines estadísticos no están sujetos al derecho a la supresión o al olvido. No obstante, según el artículo 89, apartado 1, siempre que sea posible, deberán adoptarse medidas técnicas y organizativas que garanticen el principio de minimización de datos, pudiendo, por ejemplo, utilizar técnicas de pseudo-animización (artículo 17, apartado 3, letra d).

Finalmente, el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos, establece que el derecho a la supresión o al olvido, no será de aplicación a los datos que deban ser tratados con el fin de declarar, ejercer o defender un derecho en un proceso judicial (artículo 17, párrafo 3, letra e).

La propuesta de RGPD de 2012 utilizaba expresamente la denominación “derecho al olvido”. Sin embargo, en la versión final del Reglamento realizada en 2016, el derecho al olvido queda reducido a una expresión entre paréntesis. Esto no quiere decir que deje de existir y de aplicarse, no obstante, creemos que, al menos políticamente, transmite el mensaje de que la Unión Europea aún no estaba del todo preparada para defender este derecho con toda su idiosincrasia.

El artículo 17 es bastante adecuado para el derecho a la supresión de datos, ya que armoniza con los principios del RGPD y explica las posibilidades y límites. Sin embargo, cuando tratamos de

aplicarlo en una hipótesis del derecho al olvido como la desindexación, plantea una serie de dudas.

En primer lugar, porque entendemos que hay una diferencia entre suprimir y desindexar, que no está explícita en el ordenamiento. Con todo, destacamos que la desindexación es más amplia que la supresión. Suprimir es en realidad borrar datos de un archivo, ya sea digital o físico; y la desindexación se ocupa de eliminar -o incluso reorganizar- los enlaces que se ofrecen al público. Así la información que se ajusta a las hipótesis anteriores ya no aparezca en las búsquedas realizadas desde los motores de búsqueda, aunque la información se borrase de un lugar y se hubiera multiplicado. Además, en el caso de datos que no hayan sido o no puedan ser suprimidos o borrados del lugar de origen, se seguirá preservando el acceso a la información cuando se busquen términos de búsqueda distintos a una investigación genérica basada únicamente en los datos personales de un individuo.

Así, cuando la información pierde su actualidad, y dentro de un equilibrio entre el derecho a la autodeterminación informativa, la privacidad, la intimidad y la protección de datos personales *versus* el derecho a la libertad de prensa, expresión e información, debe decidirse por la desindexación siempre que los daños sean mayores para el sujeto de los datos.

De esta forma, concluimos que el artículo 17 del RGPD es innovador e importante para la legislación. Pese a ello, si esta diferenciación ya se hubiese realizado, daría más unidad en la interpretación y aplicación del mismo.

5 DERECHO AL OLVIDO. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

Imaginemos el caso ficticio de un hombre -Carlos- de aproximadamente 40 años, casado, padre de dos hijos y desempleado. En los últimos días, ha pasado varias entrevistas de trabajo buscando un buen puesto. Se muestra confiado, ya que por el vasto currículum que presenta, se le considera un profesional cotizado.

En una de las entrevistas, tiene una experiencia extremadamente vergonzosa cuando el reclutador de la empresa le pregunta sobre un video suyo que estaba expuesto públicamente en *YouTube*. Intrigado, Carlos pidió verlo y, para su sorpresa, frente al reclutador, se encuentra ante un video de él de sus días de universidad en el que baila borracho en una fiesta de recepción de estudiantes de primer año. La escena era parte de un video que conmemoraba el décimo aniversario de la graduación de su clase y había sido publicado por él mismo hacía 5 años. No obstante, Carlos no imaginaba el alcance que podía tener, ya que varios compañeros, y ahora incluso desconocidos, habían compartido el video a su vez en sus propias cuentas de YouTube y en otros sitios.

Carlos no consiguió el trabajo e inmediatamente eliminó el video de su cuenta de YouTube. Sin embargo, cada vez que busca en Google su nombre completo, el video vuelve a aparecer en otros muchos sitios.

Este caso ficticio es más común de lo que parece. Varios “Carlos”, todos los días, buscan sacar del mundo virtual -que se ha enredado con lo real- información que supone un desprestigio (por

vergonzosa o dolorosa) de su pasado, para que no interfiera con su presente.

Sería como tener la sensación de ser olvidado -dejado en paz- por los ojos juzgadores del mundo. Sería hacer que lo que antes era íntimo, expuesto sólo en el ámbito privado, volviera a serlo.

La pregunta que flota en el aire cuando buscamos definir el derecho al olvido es: ¿por qué crear un nuevo instituto si el derecho a la privacidad ya está muy bien definido y protegido en los ámbitos estatal, internacional y supranacional?

En España no faltan instrumentos que defiendan la privacidad en suelo español, la propia Constitución en su artículo 18 es el mejor ejemplo. Se profundiza en el derecho fundamental a la protección de datos previsto en la Constitución -artículo 18.4- y también en la normativa infraconstitucional en la Ley Orgánica 15/1999, LOPD. Establece los derechos ARCO comúnmente conocidos: acceso, rectificación, cancelación y oposición¹⁷⁰. Actualmente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales determina los: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de supresión, derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad y derecho de oposición¹⁷¹.

¹⁷⁰ BARTOLINI, Cesare, SIRY, Lawrence, "The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject", en *Computer Law & Security Review*, nº 32, 2016, p. 229.

¹⁷¹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Jefatura del Estado «BOE» núm. 294, de 06 de diciembre de 2018 Referencia: BOE-A-2018-16673.

Asimismo, en Brasil, el derecho a la privacidad está previsto como derecho fundamental en su Constitución, art. 5, X; también en el Código Civil, artículo 21; en la declaración universal de los Derechos Humanos en su artículo XII; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; y en el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 11, entre otros. Igualmente, el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 en su artículo 8.

Como ya hemos tenido ocasión de ver, con anterioridad a la publicación de la Carta, como instrumento vinculante, el tema ya había sido tratado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, que, por su "caducidad" de cara al avance de las tecnologías y la informática fue revisado por el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de abril de 2016. En dicho Reglamento, que entró en vigor el 25 de mayo de 2018, finalmente se establece el derecho al olvido, regulado a nivel europeo en su artículo 17¹⁷².

Sin embargo, la duda continúa. ¿Por qué tanto esfuerzo por afirmar el derecho al olvido frente a tantos institutos que protegen la privacidad, y de manera complementaria al derecho a la protección de datos? Es importante reflexionar sobre las diferencias conceptuales entre ellos.

Es importante recalcar que, si bien este trabajo no se preocupa de estudiar la doctrina americana, necesita utilizar su fuente para la definición exacta del término privacidad, pues, aun teniendo un

¹⁷² BARTOLINI, Cesare, SIRY, Lawrence, "The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject". *Op. Cit.* p. 229.

terreno más fértil en los países europeos con tradición en la *Civil Law*, tuvo su origen en el *Common Law americano*.

Así, por primera vez en 1890, se planteó la necesidad de un derecho efectivo a la intimidad, por parte de los autores hasta hoy referenciados Samuel D. Warren; Louis D. Brandeis, en su artículo "*The Right to Privacy*", publicado en *Harvard Law Review*¹⁷³.

Estos autores defendían la creación de un nuevo instituto en el derecho civil estadounidense que protegiera la privacidad, ya que la prensa estadounidense atravesaba un momento en que se estaba volviendo más sensacionalista. En ese momento ya achacaban a los avances tecnológicos -la cámara fotográfica- una facilidad de acceso a la intrusión en la vida privada y doméstica¹⁷⁴. Una invasión a la privacidad del propio Samuel Warren -que formaba parte de la alta sociedad de Boston- habría sido el detonante para escribir el artículo¹⁷⁵.

Los autores argumentaron que la privacidad debe tratarse como un valor en sí mismo y no solo como privacidad para algo específico. La expresión que mejor define la privacidad en el idioma inglés es "*right to be left alone*", un término originalmente creado por TM Cooley e inmortalizado en el estudio de Warren y Brandeis¹⁷⁶.

¹⁷³ la derecha para Privacidad Samuel D. Warren; Louis D. Brandeis *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (15 de diciembre de 1890), págs. 193-220. URL estable : <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-1X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C> Harvard Law Review es actualmente publicado por The Harvard Law Review asociación _

¹⁷⁴ S. ABRIL, Patricia.; PIZARRO MORENO, E. Intimidad europea *versus* privacidad americana. **Indret. Revista para el análisis del Derecho**, v. 1, 2014. p.16.

¹⁷⁵ DJ Glancy, "El Invención de la Derecho a la Privacidad", *Ley de Arizona Review*, Vol. 21, N°. 1, 1979, p. 5. *Apud* los Derecho a la Privacidad por S. Warren y L. Brandeis – El Historia de un científico Artículo en el Unido estados agnieszka Czubik, página 212.

¹⁷⁶ "T. M. Cooley referred this formula to "an inviolable personality". WARREN. Samuel D, BRANDEIS. Louis D. *The Right to Privacy*. Op. cit., p. 194-195.

Hemos observado el uso de la expresión como sinónimo del derecho al olvido, sin embargo, no tiene el mismo significado y aplicabilidad jurídica. La especificidad que mencionaron, todavía se aborda en nuestra legislación hoy en día, asociada a conceptos como el derecho a la privacidad de la correspondencia, la privacidad del domicilio o la privacidad bancaria, entre otros.

Sin embargo, consideramos que los pensamientos y las emociones son lo más íntimo de un individuo, y cuando están expuestos, nuestro verdadero "yo" queda desnudo, cuando muchas veces no queríamos y/o no podíamos exponerlo.

Cuando esto ocurrió en el momento en que los autores escribieron su artículo, se le llamó derecho a la privacidad: "*S. Warren and L. Brandeis postulated that the right to privacy was intended to allow each individual to determine the extent to which their thoughts and emotions were to be exposed to others*¹⁷⁷." Actualmente, desde nuestro punto de vista, la falta de privacidad requiere más de lo que el derecho a la privacidad puede otorgar.

La privacidad en la doctrina americana es vista como "control" y en la doctrina europea como expresión de la "dignidad humana"¹⁷⁸. El origen de esta diferencia es fácil, basta ver lo que más valora la cultura constitucional de cada uno de estos pueblos. Si bien la primera enmienda de la *Bill of Rights* prevé la libertad¹⁷⁹, el artículo primero del Tratado de Lisboa –por citar un documento común a la

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 215.

¹⁷⁸ S. ABRIL, Patricia.; PIZARRO MORENO, E. Intimidación europea versus privacidad americana. *Op. Cit.* p. 7 y 8.

¹⁷⁹ Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>.

mayoría de los países europeos- dispone que: “sus valores universales son los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el estado de derecho¹⁸⁰”. Es decir, los derechos de la persona humana se presentan de forma destacada antes que el concepto de libertad.

S. Abril e Pizarro Moreno también entienden que para definir el término privacidad, es necesario observar la sociedad desde la que buscamos la definición. La impresión que tiene una sociedad de lo que la privacidad significa influye en la política, la legislación y el discurso académico. Los autores traen dos aspectos de la privacidad en las sociedades occidentales, uno representado por la americana - la privacidad entendida como control- y otro representado por los países europeos -la privacidad como dignidad¹⁸¹.

La noción de privacidad como control "*representa la libertad individual de controlar la información personal*¹⁸²". Se supone que el individuo es responsable de la información que publica, pero que tiene toda la información necesaria para la decisión de publicar o no. Es información administrada directamente por el individuo.

La privacidad como reflejo de la dignidad humana es el pilar del desarrollo de una personalidad, y más aún, del derecho de cada individuo a mantener lo que los autores denominan de “personalidades situacionales”. Sería el derecho de cada uno a “revelar aspectos de su intimidad en diferentes entornos”.

¹⁸⁰Artículo 1. EUROPEA, Unión, Tratado de Lisboa. **Diario Oficial de la Unión Europea**, v. 100, 2007.

¹⁸¹ S. ABRIL, Patricia.; PIZARRO MORENO, E. Intimidad europea *versus* privacidad americana. *Op. Cit.* p. 8.

¹⁸² *Ibidem*.

No solo no es lo mismo el derecho al olvido que el derecho a la intimidad -ni es lo mismo que la protección de datos-, sino que se sustenta mejor en derechos como la autodeterminación informativa y el libre desarrollo de la personalidad¹⁸³.

En la misma línea, y relacionando el derecho al olvido con el ordenamiento jurídico español, Boix Palop afirma que:

el derecho no es una derivación de las garantías de la privacidad/intimidad, del derecho al honor o del derecho al uso de la propia imagen, sino que es una consecuencia de la idea de autodeterminación informativa (art. 18.4 CE y art. 8 de la carta de derechos de la UE), con perfiles por ello diferentes, concretados normativamente en las reglas en materia de protección de datos, a los habituales al resto de derechos de la personalidad del art. 18 CE: de ello se derivan consecuencias respecto del modo en que se relacionarán estas garantías con las libertades informativas¹⁸⁴.

Sánchez Trigueiros y Cuadros Garrido también señalan la posibilidad de considerar que el derecho a la autodeterminación informativa está implícitamente incluido en lo dictado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que defiende el respeto a la vida privada y familiar¹⁸⁵.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁸⁴ BOIX PALOP, Andrés. El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el 'derecho al olvido' y las libertades informativas tras la Sentencia de Google. **Revista General de Derecho Administrativo**, v. 38, núm. 3, 2015. pág. 17

¹⁸⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; CUADROS GARRIDO, María Elisa. Autodeterminación informativa: un derecho en alza. **Revista Galega de Derecho Social**, 2019, p. 91.

Además, los autores utilizan la sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017 - Bărbulescu contra Rumanía¹⁸⁶ como ejemplo de la expansión del derecho a la autodeterminación informativa¹⁸⁷. Una vez que respetada la forma por la cual el individuo quiere ser visto en la sociedad ya no se regula únicamente la relación entre individuos para lograr la relación empleado-empleador.

Definición interesante se encuentra en el texto de Azurmendi, donde entiende que el derecho al olvido es una facultad dentro de un derecho más amplio -la autodeterminación informativa- por la cual habilita al individuo para borrar los datos personales ordenados y gestionados por los buscadores de internet¹⁸⁸.

Del mismo modo, López Portas define el derecho al olvido como un derecho personal garantizado por el derecho a la autodeterminación informativa que permite a los ciudadanos negarse a difundir información pasada¹⁸⁹. La formación de un perfil a través de algoritmos es una de las formas de salir del control de los titulares de datos para determinar la imagen social que quieren presentar a la sociedad.

¹⁸⁶ La sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017 - Bărbulescu contra Rumanía atiende la solicitud de un ciudadano rumano invocando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la privacidad, sin embargo, esta vez, en el ámbito laboral, en relación con el control de sus comunicaciones privadas, realizadas en horario laboral y en la empresa. Se constató la vulneración, ampliando el ámbito de aplicación del citado artículo 8, anteriormente restringido a las relaciones únicamente entre personas, a las relaciones profesionales.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; CUADROS GARRIDO, María Elisa. Autodeterminación informativa: un derecho en alza. *Op. Cit.* por. 105.

¹⁸⁸ AZURMENDI, Ana. Por un derecho olvidado para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google España y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014. 2015. p. 300.

¹⁸⁹ LÓPEZ PUERTAS, M^a Begoña. Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE//EL DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO ESPAÑOL POR LA DOCTRINA DEL TJUE. **Revista de Derecho Político**, v. 1, no. 93, 2015. pág. 151.

Así, el derecho a la portabilidad consagrado en el artículo 20 del RGPD UE acaba ampliando el rango de defensa del derecho a la autodeterminación informativa, ya que al facilitar la transmisión de datos de un proveedor a otro, evita la formación de perfiles no deseados que pueden, de alguna manera, ser perjudiciales para el ciudadano¹⁹⁰.

Volviendo a nuestro ejemplo inicial, la autodeterminación de la información personal, sería el derecho que tiene Carlos -nuestro personaje ficticio- de mostrar a sus amigos, familiares, o incluso en las redes sociales, el aspecto de su personalidad alegre y divertida. Con un pasado muy común entre los universitarios, incluyendo beber alcohol y dejarse filmar, a la vez que mostraba en su ambiente de trabajo el aspecto de su personalidad seria y formal.

La noción de privacidad como expresión de la dignidad humana se desarrolló inicialmente en Francia y Alemania, que también la entienden como un derecho inherente a la personalidad. El artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es consecuencia de esta doctrina europea, pues considera que toda persona debe tener derecho a la intimidad familiar, domiciliaria y de correspondencia¹⁹¹.

A pesar de ser una noción europea, autores norteamericanos, como los ya mencionados Warren y Brandeis, también entendían la privacidad como parte del derecho a una vida digna y a la

¹⁹⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; CUADROS GARRIDO, María Elisa. Autodeterminación informativa: un derecho en alza. *Op. Cit.* p. 103.

¹⁹¹ S. ABRIL, Patricia.; PIZARRO MORENO, E. Intimidad europea *versus* privacidad americana. *Op. Cit.* p. 7 y 8.

preservación de la personalidad: “*They regarded the right to enjoy life as an element of the right to life*¹⁹²”.

Es fácil comprender que en 1890 –y durante los años posteriores– el derecho a la intimidad se hizo efectivo al mantener en el ámbito privado todo aquello que el individuo consideraba más íntimo, ofreciendo la posibilidad de revelar al ámbito público aspectos de su personalidad que convinieran. Así, había una personalidad real, íntima y privada, y una personalidad aparente, social y pública. Estos dos campos eran naturalmente diferenciables.

Bruno da Silva y Costa Maciel entienden que otra teoría que contribuyó a la diferenciación entre el derecho a la privacidad y el derecho al olvido es la teoría del daño al proyecto de vida.

Esta teoría fue aplicada por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Loayza Tamayo vs Perú*¹⁹³, y conceptualizó el daño al proyecto de vida como

¹⁹² WARREN. Samuel D, BRANDEIS. Louis D. The Right to Privacy. Op. Cit., p. 194-195.

¹⁹³ NEUBURGER, Alicia B. **Análisis del caso María Elena Loayza Tamayo Vs. Perú. Verdad, justicia y reparación.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 10, 2011, p. 1. Disponible en <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/verdad-justicia-y-reparacion/1652-analisis-del-caso-maria-elena-loayza-tamayo-contra-peru/file> Último acceso el 16 de agosto de 2018. . “La Sra. Loayza Tamayo, peruana, licenciada en Educación y en Trabajo Social, fue arrestada el 6 de febrero de 1993 en Lima. En ese momento tenía 36 años de edad, vivía con sus dos hijos, menores, y sus hermanos, en la casa de sus padres. Fue arrestada por miembros de la División Nacional Contra el Terrorismo -DINCOTE- de la Policía Nacional del Perú, y acusada de ser colaboradora del grupo Sendero Luminoso. El arresto se produjo sin orden expedida por la autoridad judicial competente, en una vivienda que la Sra. Loayza estaba construyendo. Se le comunicó que fue denunciada, de acuerdo a la Ley del Arrepentimiento, por una mujer capturada el día anterior. La Sra. Tamayo estuvo detenida por ese organismo durante 20 días; permaneció 10 días incomunicada y luego fue presentada a la prensa vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Fue llevada al antiguo Hospital Veterinario del Ejército y después de una semana trasladada al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres, de Chorrillos. La Sra. Loayza Tamayo fue objeto de torturas, “tratos crueles, humillantes y degradantes”, y de apremios ilegales, violación sexual, amenazas de ahogo a orillas del mar, golpes con palos, patadas, reclusión en una celda extremadamente pequeña -aprox. 2mts. de ancho x 3mts. de largo-, oscura y húmeda, durante 23 horas y media de cada día, sometida a

“relacionado con la plena realización de la persona”, diferenciándose del daño patrimonial, daño emergente y lucro cesante¹⁹⁴.

Para Fernández Sessarego, proyecto de vida es el plan íntimamente elegido por cada individuo, en un momento determinado de la vida, para seguirlo como propósito. "*É o rumo, a meta, o sentido e razão que cada ser humano outorga a sua vida*"¹⁹⁵.

Si no se protege el proyecto de vida de un individuo, el autor considera que estaremos “*abandonando a las personas a su propia suerte*”, ya que, según su concepción de Derecho, la finalidad de este es proteger al hombre de manera integral para garantizar su realización personal¹⁹⁶.

Desde nuestro punto de vista, creemos que el daño al proyecto de vida es complementario al derecho al olvido. El olvido protege contra el daño al proyecto de vida en la medida en que evita que el daño se prolongue indefinidamente, e incluso lo impide, en el supuesto en que sea solicitado antes de que el hecho se vuelva a publicar.

Como conclusión, Bruno da Silva y Costa Maciel creen que debido al entendimiento de la gravedad del daño al proyecto de vida (daño existencial), la Unión Europea revisó la Directiva 95/46/EC

visitas restrictivas, amarrada con los brazos por la espalda, obligada a permanecer por largos períodos de pie o sentada, sin poder utilizar los servicios higiénicos, sin agua ni alimentos, según hechos probados en la etapa de fondo, excepto el de violación sexual. Fue juzgada en el Perú 2 veces por los mismos hechos, la primera por un Tribunal Militar, que la absolvió, y la segunda por un tribunal civil que la juzgó por el delito de terrorismo y la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad. Gracias a las gestiones de la Comisión y la Corte fue liberada en octubre de 1997. Se asiló en Chile y recibía hasta el momento de las audiencias tratamiento médico y psicológico financiado por FASIC”.

¹⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acceso el: 24 oct. 2017. pág. 39.

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ¿Es posible proteger legalmente el proyecto de vida? **Revista Electrónica Derecho y Sociedad-REDES**, v. 5, núm. 2, pág. 41-57, 2017. pgs. 15 y 21.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

para incluir la posibilidad del derecho a ser olvidado. Este tratamiento no está previsto en la doctrina americana, que se mantiene "resistente" a la idea de avanzar a favor del derecho al olvido como derecho fundamental, dando preferencia a la libertad de expresión, siendo un ejemplo clásico es el caso *New York Times vs Sullivan*. Sin embargo, California promulgó la Ley SB-568 de 2013, conocida como la "Ley del borrado" que permite a los menores borrar datos "embarazosos" disponibles en Internet¹⁹⁷.

Por todo lo anterior, afirmamos que el derecho al olvido es un derecho autónomo y distinto al derecho a la intimidad.

Sánchez Trigueros y Cuadros Garrido también coinciden en la autonomía del derecho al olvido, y lo consideran, a pesar de ello, una vertiente de la protección de datos. Un aspecto instrumental, un mecanismo que busca garantizar los derechos a la intimidad y al honor.¹⁹⁸

Es obvio que hay similitudes entre ambos derechos: estamos en el campo de los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. Asimismo, también tratamos temas relacionados con la intimidad del individuo que, al ser expuestos, causan sufrimiento.

Aunque no se trata precisamente de un concepto nuevo, el derecho al olvido acaba cobrando contornos importantes tanto en suelo europeo -donde recientemente fue recogido por la ley- como en otros países, bien por la importación de la institución, bien por el impacto que ha tenido sobre empresas multinacionales con sede en países fuera de la Unión Europea, (por ejemplo, Google), e incluso

¹⁹⁷ DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; MACIEL, Marlea Nobre Costa. *Op Cit.* p. 468 y 469.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; CUADROS GARRIDO, María Elisa. Autodeterminación informativa: un derecho en alza. *Op. Cit.* p. 101.

en relación con ciudadanos de fuera de la Unión Europea que se ven parcialmente privados de información desindexada de los motores de búsqueda en base a una legislación que no ha pasado por sus órganos democráticos representativos.

Estas cuestiones tienen sus raíces en diversos temas tales como la censura, la libertad de expresión, la libertad de información, la soberanía nacional, el derecho al olvido *post mortem*, el derecho a la protección de datos como derecho fundamental, la privacidad, la intimidad, las hemerotecas digitales, el daño al proyecto de vida, la nueva visión de la personalidad humana inseparable del entorno virtual, la información almacenada en boletines oficiales, el uso de datos personales no autorizados con fines publicitarios, el espionaje, o el internet de las cosas, entre otros.

Infinidad de temas pueden abarcarse aquí si entendemos que el universo virtual ya no difiere del real. Difícilmente encontraremos una persona en el mundo que no tenga ni uno solo de sus datos personales expuestos en la red, y la mayoría vive intensamente cada minuto de sus días conectados, dejando huellas muy valiosas en la red. Es por ello que los datos personales son lo que comúnmente se conoce como el nuevo petróleo¹⁹⁹.

Esto es así por el cambio que ha sufrido la economía, antes basada en la producción en masa, patronizada y de bajo coste y hoy en día, con una producción flexible, personalizada y donde la comercialización es individualizada²⁰⁰. De esta manera, saber

¹⁹⁹ TOONDERS, Joris. Data is the new oil of the digital economy. Disponible en: <https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/>. Acceso en: agosto de 2017.

²⁰⁰ MENDES, Laura Schertel. Privacidad, protección de datos y protección al consumidor: contornos de un nuevo derecho fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p.84-90.

exactamente quién es su público objetivo se ha convertido en la moneda de cambio más valiosa, porque cuanto más información tenga una industria sobre su cliente, mejor será su campaña de marketing.

Los datos personales se han convertido en un activo importante para numerosas empresas dedicadas al uso, recogida, agregación y análisis de datos de clientes potenciales, que pretenden la monitorización de la conducta de los usuarios de Internet, teniendo como principal exponente el empleo generalizado de cookies²⁰¹.

Como hemos tenido ocasión de ver, este tema obtuvo repercusión mundial cuando un ciudadano español pidió a Google que desindexara un enlace que hacía referencia a una deuda que ya había saldado con el gobierno. El señor Mario Costeja González, que solo quería ser olvidado, se convirtió en jurisprudencia. De tal forma que hoy en día, con una simple búsqueda de su nombre en Google es posible encontrar, en apenas 0,46 segundos, 25.600 resultados. Sería un buen ejemplo de lo que llamamos el "efecto Streisand"²⁰².

El Caso Costeja fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014, inaugurando definitivamente el derecho al olvido, concediendo a los buscadores -como Google,

²⁰¹ MINERO ALEJANDRE, Gema. Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. **Anuario jurídico y económico escurialense**, n. 50, pág. 13-58, 2017. P. 16.

²⁰²La expresión hace referencia a que la cantante y actriz Barbra Streisand demandó a un fotógrafo por publicar fotos de la costa californiana donde aparecía su mansión. La noticia ganó notoriedad rápidamente ya que el site recibió más visitas que antes. Es decir, cuando se busca el "olvido" termina generando más curiosidad sobre el tema, también se habla del efecto "Barry Gibbs", un cantante que al ser notificado por Google de que su información había sido desindexada, hizo público el hecho. y terminó generando más publicidad para un hecho que en teoría debería ser olvidado. Para más sobre el tema, lea: MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. *Op. Cit.*

Yahoo, Bing- la “desagradecida” tarea de analizar caso por caso las solicitudes de desindexación de ciudadanos europeos sobre información que les desacreditara.

Hay autores que no están de acuerdo con esta posición. Uno de ellos es Minero Alexandre, quien sostiene que el TJUE, en el Asunto C-131/12 - *Google Spain*, al reconocer el derecho al olvido, no innova frente a la Directiva 95/46/CE, sino que se limita a reafirmar la posibilidad de hacer efectivos los derechos de cancelación y oposición a los buscadores, como ya defiende la AEPD²⁰³.

En Brasil, las dos jurisprudencias básicas que citan el derecho al olvido son los casos *Aída Curi* y *Chacina da Candelária*²⁰⁴. Ambos casos se originaron en juicios contra un programa de televisión que narraba, de forma dramatizada, historias de crímenes célebres en el país.

En el primer caso, *Aída Curi*, había sido brutalmente asesinada en 1958, y la familia de la víctima exigía el derecho al olvido y la reparación del sufrimiento causado por el recuerdo de los hechos. Se les concedió el derecho al olvido, pero no una indemnización en segunda instancia.

En el segundo caso, *Chacina da Candelária*, uno de los acusados del crimen -que posteriormente fue absuelto- solicitó lo mismo que en el caso anterior. Ambas solicitudes fueron concedidas en segunda instancia.

Sin embargo, no basta con querer que se eliminen los datos personales para que se cumpla el deseo. Se deben observar una

²⁰³ MINERO ALEJANDRE, Gema. *Op. Cit.* p. 18.

²⁰⁴ Ambos casos serán discutidos en detalle en el capítulo 6 de esta tesis.

serie de requisitos. En primer lugar: que no se trate de un personaje público, de hechos históricos o del interés de la población en general. En segundo lugar, que la información haya perdido su sentido y utilidad en el caso de que fuera publicada de forma legítima en el momento en que esto ocurrió.

Complementando nuestra comprensión genérica anterior, el derecho al olvido no puede vincularse únicamente a la privacidad y la intimidad, ya que los contenidos que muchas veces requieren reanálisis fueron publicados por los propios solicitantes. Lo que se discute exactamente con el derecho al olvido tampoco es el derecho a "borrar hechos o reescribir la propia historia", sino más bien el reposicionamiento del tratamiento dado a los hechos del pasado, en particular "*o modo e a finalidade com que são lembrados*"²⁰⁵

Está claro que la posibilidad de borrar, impedir publicaciones y reclamar posibles indemnizaciones ya existía mucho antes de la llegada de internet, sin embargo, con su popularización y el éxito de los buscadores, el escenario ha cambiado.

Motores de búsqueda como Google (con un notable monopolio del mercado actual), Yahoo o Bing, recopilan, organizan y ponen a disposición información a través de sus algoritmos, de una manera extremadamente eficiente y fácilmente accesible para cualquier usuario en casi todas partes del mundo. Por lo tanto, crear un perfil, por cualquier motivo, de cualquier individuo en el mundo no requiere más que unos minutos de investigación. Por este motivo, Machado y Negri entienden que lo que en realidad se protege no es la privacidad,

²⁰⁵ DECLARACIONES aprobadas en la VI Jornada de Derecho Civil. Disponible en: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acceso el: 14 oct. 2017.

sino la identidad a través de una "imagen social" que es capaz de crear Google²⁰⁶.

Un gran número de autores, que defienden la creación de un derecho al olvido, argumentan que es necesario, para darle luz a esta cuestión, desdoblarse el antiguo y controvertido derecho a la intimidad. Este se remodela según el tiempo y el espacio, y no pocas veces se utiliza para camuflar derechos como la libertad de expresión y el derecho a la información²⁰⁷.

Entendemos que no estamos ante un desdoblamiento exactamente, ya que coincidimos con Murga Fernández en que la actual positivización por el Reglamento Europeo de Protección de Datos ensalzaba el carácter autónomo del derecho al olvido²⁰⁸.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por su parte, plantea que el derecho al olvido deriva de los derechos de cancelación y oposición: "La AEPD manifiesta que el derecho al olvido aparece cuando a los tradicionales derechos de cancelación y oposición se les suman las nuevas tecnologías, y en concreto los buscadores de Internet".

²⁰⁶ MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensayo sobre la promesa jurídica del olvido: un análisis desde la perspectiva del poder simbólico de Bourdieu. **Revista Brasileña de Políticas Públicas**, v. 7, núm. 3, pág. 367-382, 2018. Pág. 374

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 372.

²⁰⁸ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Protección de Datos y Buscadores en Internet: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro sobre el Derecho al Olvido/ Protección de Datos y Buscadores en Internet motores: actual problemas y futuro perspectivas sobre los derecho al olvido. **Revista Derecho Civil**, v. 4, núm. 4, pág. 181-209, 2017. página 185.

Autores como Noval Llamas también consideran que el derecho al olvido tiene una clara "derivación y concreción" de los derechos de cancelación y oposición²⁰⁹.

Según la Suprema Corte de Justicia de Brasil, la base para el reconocimiento del derecho al olvido en Brasil se encuentra en la propia Constitución, cuando, desde el inicio de su texto, protege la dignidad de la persona humana antes de hacer cualquier mención a la libertad de prensa y el derecho a la información. Esto, en el pronunciamiento de la Corte en el caso de la Chacina da Candelária, apuntaría a un carácter antropocéntrico de la Constitución brasileña, por lo que es imperativo considerar decisiones a favor de los derechos de la personalidad cuando estén en conflicto con la libertad de prensa y de información²¹⁰.

Para Machado y Negri, "*não há qualquer elemento que possa sustentar a inclinação sugerida*" por la Corte, ya que históricamente el contexto en el que se redactó la Constitución brasileña prohíbe con vehemencia la censura, en cuyo caso la preferencia constitucional por la libertad de expresión y de prensa está probada²¹¹. También, de acuerdo con el autor, observamos la posición de Daniel Sarmiento y Fábio Carvalho Leite²¹².

²⁰⁹ NOVAL LLAMAS, JJ, «Algunas consideraciones sobre la futura regulación del Decreto en olvido»..., cit., p. 29, configuran como derechos instrumentales respecto al derecho al olvido.

²¹⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). por. 30

²¹¹ MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. *Op cit.* p. 378.

²¹² SARMENTO, Daniel. Parecer. Disponible en: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Consultado el: 17 de agosto. 2017. También en línea con una opción constituyente por la posición preferente de la libertad de expresión, en relación al derecho al honor: LEITE, Fábio Carvalho. Libertad de expresión y derecho al honor: nuevos lineamientos para un viejo problema. **Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional: análisis, críticas y aportes. 1d. São Paulo: Revista dos Tribunais**, p. 395-408, 2014.

Para Heredero Campo, el derecho al olvido es el derecho a que tus datos sean bloqueados o suprimidos porque afectan a tus derechos fundamentales (honor, intimidad e imagen) o porque quedan obsoletos con el paso del tiempo. El derecho al olvido o a la supresión tiene como finalidad principal preservar la privacidad para que con su regulación se pueda proteger la intimidad en mayor medida de forma que las experiencias pasadas no comprometan nuestra imagen o nuestra vida en un futuro²¹³.

Si bien el término “derecho al olvido” tiene una definición relativamente clara en el ordenamiento jurídico europeo²¹⁴, la aceptación de la doctrina del instituto no es pacífica, considerando que, por ejemplo, cancelar información de una persona específica puede causar un daño a toda la humanidad, no solo por la información en sí, sino por la información de otras personas que pueda estar contenida en el mismo documento (sitio web, blog, red social, etc.)²¹⁵.

Un elemento interesante que se observó para la construcción del derecho al olvido en Europa, y que también se menciona en la jurisprudencia brasileña, es el *paso del tiempo* como punto de equilibrio para la concesión o no del derecho al olvido.

Para El Tribunal de Justicia de la Unión Europea el transcurso de los segundos, minutos, días, años, afectan al tratamiento de la

²¹³ HEREDERO CAMPO, Maria Teresa, “Evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios hasta la actualidad”, en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo; BATUECAS CALETRO, Alfredo. *Op. Cit.* p. 79 y 99.

²¹⁴ Principalmente tras la publicación del artículo 17 del 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 que deroga Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> Último acceso el 17/08/2018.

²¹⁵ PLATERO ALCON, Alejandro. *Op. Cit.* p. 5.

información, y por lo tanto, información que hace cinco años era considerada como pertinente, por el transcurso del inagotable paso del tiempo, se ha convertido en candidata en ser borrada de Internet²¹⁶.

Lo natural sería que con el paso del tiempo la gente olvidara los hechos que corroen la imagen e invaden la intimidad de terceros. Sin embargo, con la supermemoria de internet, dichas informaciones se vuelven perpetuas “invirtiendo el orden natural de las cosas²¹⁷”.

El derecho a la información, por su parte, tal como se concibió en 1981, tenía un aspecto mucho más pasivo, donde se defendía el derecho de los ciudadanos a tener control sobre sus datos personales que habían sido destinados al tratamiento informático. Era mucho más protector de la autonomía individual²¹⁸.

Con el advenimiento de internet, el derecho a la información adquiere un significado más activo, donde los ciudadanos demandan poder tener acceso a las herramientas informáticas para, a través de ellas, buscar y brindar todo tipo de información. Así, el derecho a la información termina entrelazandose con el derecho a participar en la sociedad virtual, siendo móvil y dinámica y teniendo a cada individuo como “soberano en sus decisiones²¹⁹”.

Y es precisamente este derecho (previsto en la Constitución española en su artículo 20.1 d. y en la brasileña en el artículo 5, inciso XXXIII), el que limita el derecho al olvido. La "clave" para equilibrar los dos derechos, el derecho a la información y el derecho al olvido,

²¹⁶ *Ibidem*. p. 11.

²¹⁷ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. *Op. Cit.* p. 203.

²¹⁸ FROSSINI, Vittorio; SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. El horizonte jurídico de internet. *Op. Cit.* p. 10

²¹⁹ *Ibidem*.

es el "tiempo". Cuanto más tiempo haya pasado desde la publicación original, menos interés, en teoría, tendrá el público hoy.

La STS de 5 de abril de 2016 emitida por la sala de lo civil española trata sobre una solicitud de un particular contra Google relativa a la información sobre un indulto, concedido en 1999 por hechos delictivos cometidos en 1981, que se encuentran publicados en el BOE. “El reclamante había conseguido que el BOE adoptara las medidas técnicas necesarias para impedir la indexación por parte de los motores de búsqueda, pero aun así, Google decidió hacer caso omiso a dichas acciones²²⁰”.

La Corte se refiere al elemento “el paso del tiempo” como un factor importante para enmarcar el derecho al olvido. Explica que en el momento del indulto, en 1999, era importante que la población supiera qué ciudadanos españoles estaban siendo indultados y por qué delitos, sin embargo, no era razonable mantener tal información en el año 2016, ya que, con el paso del tiempo esa información ya no era considerada importante.

En este caso, el Juzgado condenó a Google a pagar una indemnización de 8.000€ por "lesión de un derecho fundamental, como es el derecho fundamental a la protección de datos personales, un derecho que, como se debe recordar, es de carácter personalísimo²²¹".

En cuanto a la comprensión del Tribunal Supremo español de lo que significa un “plazo razonable” para permitir ser olvidado, es

²²⁰ PLATERO ALCON, Alejandro. *Op. Cit.* p. 14.

²²¹ *Ibidem.* p. 15.

interesante analizar las SSTs de 6 de julio de 2017 (RJ 2017, 3194) y 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 195059).

Como resumen de estas sentencias, tratan de dos acusados de un delito de homicidio absueltos por falta de pruebas. Cierta periódico publica la noticia, de gran conmoción general, no revelando nombres y apellidos de los imputados, pero sí una foto de pequeño tamaño.

La solicitud de indemnización por daño moral, borrado de la noticia y desindexación fue denegada en tres instancias. La razón: no expuso ningún dato personal que pudiera ser rastreado por los motores de búsqueda y, como la solicitud se había realizado solo unos meses después de la publicación original, no había transcurrido el tiempo suficiente para que el derecho al olvido fuera concedido, pues era, todavía, de interés para el público en general²²².

En este caso, hay dos elementos interesantes a destacar. En primer lugar, la foto no va acompañada de nombre y apellido, por lo que resulta imposible que un buscador la encuentre y la relacione con el imputado. Por ello esta vez, no es posible solicitar el derecho al olvido. El segundo aspecto se refiere a que la Corte considera que “unos meses desde la publicación de la noticia veraz” no se considera un “plazo razonable” para ejercer el derecho.

Pazos Castro piensa diferente. Para él, corresponde a cada individuo decidir si olvida o no cierta información, y la sociedad en su conjunto debe tener la libertad de acceder a toda y cualquier información, actual o no²²³.

²²² FERNÁNDEZ, Juan Pablo Murga. *Op Cit.* p. 201 y 202.

²²³ PAZOS CASTRO, R., “El derecho al olvido frente a los editores de diarios digitales”, en *InDret* nº 4, 2016, p. 30.

En la jurisprudencia brasileña, el término “transcurso del tiempo” también ha sido mencionado en el caso Aída Curi -RESp 1335153. Aquí las expresiones "sufrimiento" y "viejas heridas" se citan a favor de los autores -hermanos de la víctima-. En segunda instancia, se les reconoce el derecho al olvido en base al derecho a no revivir viejos traumas, “en la exigencia de no sentir dolor indefinidamente, dejando tiempo para sanar las heridas”, aunque sin embargo, no les garantiza una indemnización²²⁴.

La justicia brasileña reconoce el derecho de la familia de Aída Curi a no recordar el hecho ocurrido en 1958. Sin embargo, dando un sentido inverso a la etimología de la palabra "olvido", el Relator fundamenta su decisión en consideraciones "aparentemente utilitarias", utilizando una suerte de cálculo de sufrimiento que se reduce con el tiempo. De esta forma, cuanto más se separe la reclamación del hecho, menor es el sufrimiento y menor la posibilidad de reconocer un derecho a una indemnización.

Ese entendimiento no nos parece razonable. Si el daño a la familia de la víctima se reconoce recordando hechos dolorosos de un pasado que ya deberían haber sido olvidados, es posible calcular la indemnización independientemente de que el tiempo transcurrido sea, a ojos del juez, mayor o menor.

Como hemos indicado anteriormente, el derecho al olvido se afirma por primera vez en una Ley (Reglamento) de origen europeo, que a su vez estuvo influida por debates de organismos internacionales, que desde la década de 1960 ya miraban el futuro problemático en relación a la protección de datos, considerado por

²²⁴ MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. *Op. Cit.* p. 379.

algunos autores, como Murga Fernández²²⁵, como el derecho que antecede al derecho al olvido frente al avance de las tecnologías.

Otros autores, como Sarlet y Ferreira Junior²²⁶, entienden que el derecho al olvido no deriva del derecho a la intimidad ni del derecho a la protección de datos, sino que estaría ligado al derecho de autodeterminación informativa del individuo. Para ellos, el reconocimiento del derecho al olvido se sustenta mejor en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación informativa, además de buscar un fundamento primario en el derecho a la identidad personal, aun manteniendo una relación con el derecho a la privacidad y a la intimidad²²⁷.

Elementos como la imagen, la voz, el nombre y la narrativa personal forman parte de los aspectos defendidos por el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad. El vínculo que acaba estableciendo el autor con el derecho al olvido se produce cuando los elementos antes mencionados forman parte del contexto de la sociedad de la sobreinformación. Así, la identidad personal, que puede cambiar con el tiempo, debe ser preservada en relación con los hechos del pasado²²⁸.

Ese punto de vista aporta una perspectiva diferente a la de los autores que defienden el derecho a la protección de datos como antecesor del derecho al olvido.

²²⁵ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Protección de Datos y Buscadores en Internet: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro sobre el Derecho al Olvido/ Protección de Datos y Buscadores en Internet motores: actual problemas y futuro perspectivas sobre los derecho al olvido. *Op. Cit.* p. 186.

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação. *Op. Cit.*, p. 70.

²²⁷ *Ibidem.* P. 70.

²²⁸ *Ibidem.* p. 73.

Estos autores entienden el derecho a la protección de datos únicamente como un derecho que sustenta el derecho a la autodeterminación y la privacidad. Apenas -pero no menos importante- una 'ley procesal' con todos los mecanismos que aporta a los ordenamientos jurídicos que la incorporan²²⁹, tales como los derechos ARCO -acceso, rectificación, consentimiento, oposición-, y también la delimitación relativa al periodo de uso, al borrado, retirada del consentimiento, y todos los pormenores que una normativa bastante completa como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea incorporó en 2018.

El fundamento teórico del derecho al olvido sería el derecho a la identidad, que a su vez se fundamenta en el derecho a la autodeterminación y a la dignidad humana, entendida como derechos de la personalidad. Esta identidad sólo puede ser preservada si se tiene en cuenta el paso del tiempo en conjunto con una sociedad sobreinformada, que no deja nada en el olvido, impidiendo así el libre y natural desarrollo de la personalidad de este individuo que ya no se identifica con lo que él antes fuera²³⁰.

Tal consideración es una de las mayores interrogantes de los países que dudan en implementar el derecho al olvido, alegando que provocaría censura. Sin embargo, Neville²³¹ expone que la desindexación –propuesta por el RGPD de la Unión Europea– no es borrar. La información permanece disponible si el usuario de Internet sabe exactamente lo que está buscando, y no simplemente haciendo

²²⁹ *Ibidem*. p. 75.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ NEVILLE, Andrés. Es Ser olvidado es un derecho humano: conceptualización los Visión del mundo. **Santa Clara J. Int'l L.**, v. 15, 2017. p. 170.

una búsqueda aleatoria sobre la vida privada de una persona en particular.

Más aún, el autor plantea un argumento interesante cuando ejemplifica que si hace décadas hubiera existido un instrumento de búsqueda que compilara toda la información de un individuo determinado para que cualquiera pudiera acceder a ella fácilmente solo a voluntad, sin ninguna justificación, la idea sería “ridícula”²³².

Estamos de acuerdo con un ejemplo real, ya utilizado en este texto, haciendo referencia a cuando el gobierno francés sugirió la creación de un documento que incluyese diversos datos personales de los franceses. Este episodio fue recibido con tanto rechazo que incluso fue considerado como el motor propulsor de creación de la Comisión Nacional para la Información y las Libertades –CNIL- una importante agencia reguladora francesa de protección de datos.

Neville²³³ concluye su postura exponiendo que de hecho, en la actualidad, existe una base de datos consultable (aquí se refiere a motores de búsqueda como Google) y muchos entienden que la información privada de las personas debe seguir siendo accesible, sin tener en cuenta derechos como la reputación y la privacidad.

Otro aspecto del derecho al olvido que ayuda en su construcción conceptual es el denominado derecho al olvido *post mortem* o de las personas fallecidas. Las inconsistencias doctrinales revelan la inmadurez del tema. En primer lugar, la conexión con los derechos exigibles en el ámbito penal como la injuria y la difamación -que no abordaremos aquí-, o derechos civiles como el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad, ponen de manifiesto la confusión

²³² *Ibidem.*

²³³ *Ibidem.*

que aún se hace en relación con la definición correcta del derecho al olvido.

Por un lado, autores como MATE SATUÉ²³⁴ buscan desarrollar la teoría de que las personas fallecidas también son titulares del derecho al olvido a través de una interpretación extensiva.

De este modo, para la autora, el derecho al olvido se basa también en los derechos constitucionales personalísimos (honor, imagen, intimidad) regulados en el artículo 18.1 de la Constitución Española y también en la LO 1/1982. Esta última extiende la protección a las personas fallecidas, y por consiguiente las acciones de protección no serán de carácter constitucional, sino civil con las consiguientes implicaciones²³⁵.

Ahora bien, el hecho de que los derechos personales de las personas fallecidas estén protegidos en la legislación española no invalida la máxima del Código Civil de que la personalidad jurídica de las personas físicas se extingue con la muerte (artículo 32 del Código Civil español), lo que inevitablemente nos conduce a entrar en conflicto con lo dispuesto en la legislación española y europea en materia de protección de datos.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal no mencionaba a las personas fallecidas, mientras que el Reglamento que desarrolla la Ley, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, prohibía expresamente la protección de esta Ley a dicho colectivo de personas

²³⁴ MATE SATUÉ. LORETO CARMEN. ¿Qué es realmente el derecho al olvido? Revista Decreto Civil. vol. III, n. 2 (abril-junio de 2016) Ensayos. p. 187-222.

²³⁵ *Ibidem*. p. 193.

A nivel europeo, el Reglamento General de Protección de Datos, en las consideraciones iniciales, ítem 27, determina que este Reglamento no se aplica a las personas fallecidas, sin embargo, deja abierta la opción de que los Estados miembros legislen sobre esta posibilidad.

MATE SATUÉ llega a la conclusión de la aplicabilidad del derecho al olvido de las personas fallecidas por la protección Constitucional que les corresponde en relación con los derechos muy personales cuando existe tratamiento informático de sus datos. Pues, *“ya que ese fue el fundamento por el que el Constituyente estableció un reconocimiento expreso al derecho de protección de datos, distinto aunque interrelacionado de los otros derechos personalísimos²³⁶”*.

Otros autores como GUTIÉRREZ SANTIAGO²³⁷, niegan la aplicabilidad de cualquier legislación relacionada con la protección de datos y derechos como el derecho al olvido de las personas fallecidas. Para esta última, está claro que, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el brasileño, la personalidad jurídica se extingue con la muerte. Sin embargo, esto no significa que la ley no proteja los derechos de la personalidad de la persona incluso después de su fallecimiento, siendo muy visibles derechos como la honra, la imagen o los derechos de autor. Es un tema conocido como protección de la “personalidad pasada²³⁸”.

Los supuestos de mantenimiento de un hecho de interés histórico, científico, didáctico o social también se utilizan en los casos *post*

²³⁶ *Ibidem*. p. 195.

²³⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. Dignidad y reputación de las personas fallecidas: la protección civil de la memoria de los difuntos. Derechos y obligaciones en el estado derecho. Actas del III Coloquio Binacional México-España. Olviedo, 2016. p. 474.

²³⁸ *Ibidem*.

mortem. Un ejemplo de ello es el caso de la STS Sala 1.^a de 30 diciembre 1989 (RJ 1989/8880) en el que un programa de televisión recuerda el caso de la "Envenenadora de Valencia", caso de importancia histórica por haber sido la última mujer condenada a muerte en España. Así, el Juzgado desestimó la petición de los familiares que alegaban intromisión indebida en la intimidad de la fallecida²³⁹.

La autora, además de defender la no aplicabilidad de la LOPD a las personas fallecidas, refuerza el entendimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, que explica que si la personalidad jurídica se extingue con la muerte de la persona, y sólo ella misma tenía el derecho de acceso a sus datos personales, con su fallecimiento también se extingue esta posibilidad. Esto no excluye la posibilidad de que los familiares, siempre que se acredite la muerte, soliciten a los responsables del tratamiento la cancelación de los datos, pero no el acceso.

Asimismo, considera dos excepciones. La primera en relación a la posibilidad de que los herederos tengan acceso a ciertos datos personales del causante, sin embargo, solo se refiere al interés de los derechos como heredero (por ejemplo, conocer el estado de un determinado bien). La segunda excepción recae en la posibilidad de que los familiares tengan acceso a la historia clínica del fallecido, salvo prohibición expresa del mismo.

Sin embargo, señala que estas dos excepciones no están contempladas en la antigua LOPD -que prohibía la aplicación a personas fallecidas-. En el caso de los datos sucesorios, tal derecho

²³⁹ *Ibidem*. p. 475.

se derivaría de los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil español, y en el caso de la historia clínica del artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Las personas fallecidas ya cuentan con protección civil, penal y constitucional en sus derechos muy personales, no hay necesidad de discutir esta afirmación. Los familiares son los titulares inmediatos para solicitar que se respete el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad de la persona fallecida.

El ordenamiento jurídico, tanto español como brasileño, dispone de varios mecanismos tanto de derecho material como procesal para hacer respetar la memoria de los fallecidos y el dolor de las familias que necesitan dejar determinados hechos en el pasado y ver el honor de los seres queridos intacto.

Ahora bien, ¿en qué sentido las personas fallecidas necesitan un nuevo instituto legal para defender su personalidad?

Aquí entra nuestro punto de vista, que se ajusta a la legislación española vigente, tanto en materia de protección de datos como del derecho al olvido.

Entendemos que es necesario que todas las normas del Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea se apliquen a las personas fallecidas cuando hablamos de datos tratados informáticamente.

No es el caso de “la Envenenadora de Valencia”, ni del caso brasileño ampliamente conocido como sentencia parámetro para el inicio de las discusiones sobre el derecho al olvido en Brasil -el caso

Aída Curi- del que hablaremos más adelante. Para ambos casos en que los delitos se recuerdan a través de un programa de televisión que dramatiza los hechos y no conserva datos personales como los nombres de los implicados, que permitan su identificación, los institutos correctos a utilizar por los Tribunales son los ya existentes en la legislación (privacidad, intimidad, honor, etc.), dejando para una infinidad de otros supuestos el derecho al olvido.

En todo momento dejamos rastros en internet de nuestros datos personales: cuentas de correo electrónico, redes sociales, blogs, cuentas de moneda digital como *bitcoin*, etc. Cuando morimos, dejamos una serie de datos inaccesibles para nuestros familiares, datos que algunas legislaciones no les permitirían conocer.

Es decir, sobre los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación, oposición) los familiares sólo podrían cancelar dichos datos, siempre que acreditasen el fallecimiento de la persona de que se trate.

Defendemos que la legislación de protección de datos se aplique también a las personas fallecidas, a través de sus herederos o por quienes hayan sido designados.

Así, el 6 de diciembre de 2018 se aprobó la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales en España. Una de sus principales novedades fue precisamente en relación con el tema en discusión. En su artículo 3, se anuncia la protección de los derechos de las personas fallecidas.

El legislador pasó a autorizar el acceso a los datos personales de los fallecidos y, en su caso, a solicitar al encargado o responsable del tratamiento que los rectifique o suprima. Inicialmente, no determinaba

un grado específico de parentesco, por lo que debe ser considerado de manera amplia²⁴⁰.

Asimismo, en caso de fallecimiento de menores de edad o de personas con algún grado de discapacidad, la Ley prevé la competencia de los representantes legales o del Ministerio Público.

La misma Ley prevé en el artículo 96 el denominado “testamento digital”. El término testamento de herencia digital se refiere a un conjunto complejo de “contenidos digitales”. Algunos ejemplos son: la cuenta de correo electrónico, los perfiles de redes sociales, datos personales almacenados en servidores, archivos digitales como libros electrónicos, archivos musicales o audiovisuales, fotografías, *criptomonedas* como *bitcoins*, cuentas abiertas con proveedores de música o películas, etc.²⁴¹

Para Fernández, el concepto “testamento digital” es un error legislativo, ya que no cumple con los requisitos de un testamento civil para su validez. Es por ello que considera que había otras opciones de nomenclatura que se podrían haber utilizado como “identidad digital o voluntades digitales como lo hizo a Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña²⁴²”.

²⁴⁰ MINERO ALEJANDRE, Gemma. Nuevas tendencias en el campo de la protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente. **Anuario jurídico y económico escurialense**, n. 52, pág. 125-148, 2019. p. 130.

²⁴¹ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Anuario de Derecho Civil (Tomo LXXIII, fascículo I, enero-marzo 2020)*, 2020, p. 241.

²⁴² FERNÁNDEZ, Francisca Ramón. Acceso a datos y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información de personas fallecidas: análisis de los límites. **MÉI: Métodos de Información**, v. 11, núm. 20, pág. 59-87, 2020. p. 73.

En el mismo sentido, Moralejo critica la denominación de “testamento” que trajo la LOPD en su artículo 96. Explica que testamento es el acto, hecho en vida, de disposición de los bienes de una persona para después de su muerte, que está previsto en la artículo 667 del Código Civil español. Además, para su materialización, el mismo código exige ciertas formalidades enumeradas en los artículos 676 y siguientes. Un testamento hecho digitalmente o en línea no es parte de las disposiciones de la Ley civil. Otro argumento esgrimido por él es que los “contenidos digitales” no siempre son bienes transferibles, requisito importante del derecho sucesorio o hereditario. Finalmente, presta atención a que el “testamento digital” no solo se dirige a los “herederos”, sino también a posibles interlocutores para comunicar a los responsables del tratamiento lo que se debe hacer con ellos²⁴³.

De esta forma, el interesado siempre podrá determinar de forma expresa quién puede tener derecho a acceder, rectificar o suprimir sus datos después de su fallecimiento.

No obstante, si el causante ha determinado expresamente en vida que nadie, o apenas determinadas personas, tendrían acceso a sus datos digitales, así se hará, salvo en el caso de los herederos cuando sea necesario para proceder en materia sucesoria, por ejemplo el IBAN o clave de acceso a la cuenta bancaria²⁴⁴.

En el mismo sentido, dos importantes instrumentos normativos, publicados recientemente, ayudan a comprender el derecho al olvido de personas fallecidas.

²⁴³ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. p. 243.

²⁴⁴ *Ibidem*.

En Portugal, la Ley nº 27/2021, de 17 de mayo, conocida como Carta Portuguesa de los Derechos Humanos en la Era Digital, dedica todo el artículo 13 al derecho al olvido, indicando que el Estado apoyará el ejercicio del derecho a la supresión de datos personales, con vistas a la legislación europea y portuguesa; y, expresa también, que el derecho al olvido podrá postularse, a través de los herederos, a favor de las personas fallecidas, salvo en los casos en que el interesado haya determinado lo contrario²⁴⁵.

España, por su parte, publicó en julio de 2021 su Carta de Derechos Digitales en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Si bien no tiene carácter normativo, servirá como guía para futuras publicaciones legislativas y políticas públicas²⁴⁶.

El derecho al olvido se menciona tímidamente dentro del capítulo III sobre protección de datos. Por otro lado, el derecho a la herencia digital gana su propio capítulo. Comienza refiriéndose a la Ley de Sucesión. Para provocar, entonces, al legislador, que determine qué bienes de carácter patrimonial están sujetos a transmisión y qué bienes de personalidad pueden ser defendidos, conservados y tratados como memoria. También establece que se debe definir quiénes son las personas llamadas a la función cuando no fueron determinadas en vida por el difunto.

Definitivamente el derecho al olvido está protegido dentro de derechos más amplios como la autodeterminación informativa y el

²⁴⁵ PORTUGAL. Lei nº 27/2021 de 17 de mayo de 2021. Institui la Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. Lisboa.

²⁴⁶ ESPANHA. Carta de Derechos Digilates. 14 de julio de 2021. Madrid.

derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero también en el derecho a la protección de datos.

Cuando se niega la importancia del derecho a la protección de datos para el desarrollo del derecho al olvido tal y como lo encontramos hoy en día, se está dando la espalda a la vertiente digital del mismo que, a nuestro juicio, es la más adecuada, ya que fue el RGPD de la Unión Europea el que lo aprobó y delimitó sus límites, y, para los casos que no involucraban a la sociedad de la información, con el crecimiento de internet, bastaba con la legislación existente.

El daño al proyecto de vida es otro aspecto que fundamenta muy bien el derecho al olvido. Es más que privacidad. Es la intrusión en la esfera privada de hechos pasados que imposibilitan avanzar en un aspecto específico de la vida del individuo.

Otro aspecto del derecho al olvido que ayuda en su construcción conceptual es el debate sobre la protección a las hemerotecas digitales.

El Tribunal Supremo español interpretó el alcance del derecho al olvido en relación con las hemerotecas digitales a través de la STS 4132/2015, de 10 de octubre de 2015, que analizó la petición de un grupo de personas condenadas por tráfico de drogas en la década de los 80. Estas habían salido en las noticias principalmente porque uno de ellos estaba relacionado con personas influyentes. Tiempo después, el periódico *El País* comienza a digitalizar su archivo y con él se puede volver a acceder fácilmente a las noticias antiguas en Internet.

Los condenados, que ya habían cumplido su condena, solicitaron la cancelación de dicha información por parte de la hemeroteca digital del diario *El País*. Este último rechazó la solicitud fundamentándose en la libertad de información y en el ejercicio de la actividad periodística.

El caso se planteó ante el Tribunal Supremo español, que en una importante sentencia reconoce formalmente la existencia del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico español, pero también sus limitaciones. De esta forma la sentencia reiteró el argumento del paso del tiempo como factor importante para la concesión del derecho al olvido.

Otra interpretación importante es la interpretación que se le da a la hemeroteca digital como desarrolladora de la actividad de tratamiento de datos lícitos, ya que *“el resto de servidores webs en la medida que ponen información disponible al público, también realizan dicha actividad, y deben cumplir las normativas de protección de datos personales”*²⁴⁷.

Sobre el factor tiempo, el Tribunal Supremo dijo:

El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de 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 tratamiento²⁴⁸.

²⁴⁷ PLATERO ALCON, Alejandro. El derecho a ser olvidado en España: estado de la cuestión más de dos años después de la STJUE de 13 de mayo de 2014. *Op. Cit.* p. 13.

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 4132/2015 (Sala de lo Civil, Sección 991), de 10 de octubre de 2015 (recurso 2772/2013). Fundamento jurídico sexto, apartado 3.

El Tribunal Supremo también argumentó que la libertad de información debía responder al interés público, a un interés histórico y que la información en debate se refiriese a personas de “relevancia pública”, lo que, a juicio de la Corte, no se ajustaba al caso que nos ocupa²⁴⁹.

De esta manera, para el Tribunal Supremo español, las hemerotecas digitales deben ser inalterables como límite al alcance del derecho al olvido. De tal forma, no deberían suprimir los nombres y apellidos, ni siquiera sustituirlos por iniciales, ya que tal medida estaría lesionando la libertad de información y el interés público²⁵⁰.

Las hemerotecas tienen en sus sitios web la posibilidad de hacer búsquedas internas en sus archivos y, en el caso en cuestión, cuando se ingresaban los nombres de los condenados, aparecía directamente la noticia de la condena por narcotráfico ocurrida en la década de 1980. El Tribunal Supremo consideró que este sitio web interno del motor de búsqueda tampoco debería tener la carga de desarrollar configuraciones técnicas que impidiesen que se pueda encontrar una noticia en particular cuando se busca con los datos personales de alguien. Eso sería “un sacrificio desproporcionado de la libertad de información protegida en el art. 20.1.d de la Constitución²⁵¹”

Posteriormente, el Tribunal Constitucional español tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el caso, considerando que “la cuestión más relevante tratada en esta sentencia, es la relativa a la

²⁴⁹ *Ibidem*. Fundamento jurídico sexto, apartado 7.

²⁵⁰ SANCHO LÓPEZ, Marina. El derecho al olvido y las hemerotecas digitales. Breve recorrido por la jurisprudencia española. **Actualidad jurídica iberoamericana**, n. 10, p. 748-759, 2019. p. 753.

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 4132/2015 (Sala de lo Civil, Sección 991), de 10 de octubre de 2015 (recurso 2772/2013). Fundamento jurídico cuarto.

²⁵¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico cuarto.

atribución al derecho al olvido de un carácter fundamental y autónomo²⁵².”

Jiménez-Castellanos cree que “parte del valor de la STC 58/2018 estuvo en ser una síntesis de todo lo que ha venido construyéndose en torno al derecho al olvido digital²⁵³”.

Al repasar las sentencias anteriores, cita el "derecho al olvido", justificando en primer lugar que las personas involucradas en el caso no son personas públicas, y en segundo lugar que ya cumplieron su condena, por lo que tienen derecho a restituir sus vidas personales, no pudiendo prevalecer el interés económico del periódico *El País*²⁵⁴.

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 función²⁵⁵.

En cuanto a la doble dimensión de la función de la prensa, es importante entender la protección del derecho a la información en el caso de las hemerotecas digitales, ya que se trata de reeditar noticias pasadas.

²⁵² SANCHO LÓPEZ, Marina. El derecho al olvido y las hemerotecas digitales. Breve recorrido por la jurisprudencia española. *Op. Cit.* p. 756.

²⁵³ JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. El conflicto entre el derecho al olvido digital del pasado penal y las libertades informativas: las hemerotecas digitales. (A propósito de la STC de 4 de junio de 2018 y de la STEDH de 28 de junio de 2018, caso ML y WW contra Alemania). **Revista de Derecho Político**, n. 106, p. 137-166, 2019. P. 18.

²⁵⁴ STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018 58). Fundamento jurídico primero, apartado 7.

²⁵⁵ *Ibidem*.

El Tribunal Constitucional dejó claro que una noticia de reciente publicación y de actualidad, o sobre hechos pasados, merecería una respuesta constitucional distinta²⁵⁶.

De esta forma, la protección sólo podrá solicitarse cuando se trate de información veraz e importante para la sociedad y de carácter periodístico, ya sea para garantizar la formación de la opinión pública o bien para proteger a las futuras investigaciones sobre hechos ocurridos en el pasado.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional rebate el argumento de *Ediciones El País* SL. sobre la caducidad de la acción, ya que el caso no trata de la legalidad o no de la publicación en un diario de papel en los años 80, sino del acto de reeditar esta misma noticia en la hemeroteca digital de la actualidad, noticia que actualmente no tienen relevancia pública²⁵⁷.

En tercer lugar, entiende que este derecho no permite a nadie construir un "pasado a su medida" o un "currículum a su gusto", sino que supone unos criterios para que sea concedido: no ser una persona pública, que con una simple búsqueda por sus datos personales -como nombre y apellidos- cualquier persona tenga fácil acceso a información que es gravemente lesiva para su intimidad y honor, que el hecho haya ocurrido hace mucho tiempo, y que este tenga un efecto estigmatizante hasta el punto de hacer difícil la entrada del individuo en la sociedad²⁵⁸.

Martínez recuerda que cuando se trata de una persona pública, esta no estará completamente desprotegida. Para que el ejercicio de

²⁵⁶ JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. El conflicto entre el derecho al olvido digital del pasado penal y las libertades informativas: las hemerotecas digitales. (A propósito de la STC de 4 de junio de 2018 y de la STEDH de 28 de junio de 2018, caso ML y WW contra Alemania). *Op. Cit.* p. 15.

²⁵⁷ *Ibidem*. Fundamento jurídico quinto, apartado 1.

²⁵⁸ *Ibidem*. Fundamento jurídico sexto, apartado 8.

la libertad de información no sobrepase sus límites y trascienda el derecho a la protección de datos de las personas, la hemeroteca estará obligada a actualizar la situación a través de posteriores notas sobre la materia²⁵⁹.

El Tribunal Constitucional también determina que el derecho al olvido no autoriza la supresión de la noticia, ya que no permite la cancelación de noticias pasadas lícitas, ya que sería lo que la Corte llama "censura retrospectiva". Asimismo, las hemerotecas digitales están protegidas por el artículo 10 del CEDH, que simbolizan la libertad de expresión y de información.

Así, mediante este sesgo interpretativo, el Tribunal ha delegado en buscadores como Google, Yahoo, Bing, etc. la función de preservar a los ciudadanos, cuyos datos cumplen los requisitos mencionados, y si estos desean desindexar dicha información. Con ello se garantiza una mayor intimidad del ciudadano y no se vulnera la protección conferida por el CEDH a las hemerotecas digitales.

La interpretación extensiva del artículo 18.4 de la Constitución Española fue fundamental para las líneas de razonamiento aquí descritas. Sancho López entiende que tal dispositivo puede verse a través de una doble perspectiva. En primer lugar, como forma de reforzar la protección de los derechos a la intimidad, al honor y otros derechos y libertades que puedan verse afectados por el uso de las tecnologías de la información. Por otra parte, es un precepto que sustenta el derecho a la protección de datos personales y el derecho al olvido como dos derechos fundamentales distintos y autónomos,

²⁵⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria et al. El conflicto entre el derecho al olvido y la libertad de información de la prensa contenida en hemerotecas. 2019. p. 80.

defensores de los datos personales, de la dignidad y del pleno ejercicio de los derechos²⁶⁰.

El concepto de derecho al olvido según la Sentencia 58/2018 del Tribunal Constitucional consiste en situarlo expresamente como un derecho autónomo, no obstante, derivado del derecho a la protección de datos cuando se sitúa en contextos de uso informático. Agregando a esto el concepto de un mecanismo para garantizar derechos como la intimidad y el honor²⁶¹, aquí entendemos que el Tribunal quiso demostrar que es un derecho procesal también en su esencia.

La libertad de información termina protegiendo a las hemerotecas digitales en relación al tratamiento de datos personales. Sin embargo, cuando se le suma el elemento de “el paso del tiempo” y “la expansión de internet difundiendo antiguas noticias”, la amenaza a derechos como el de la intimidad y el honor²⁶² (que el propio Tribunal Constitucional consideró vinculados al olvido) acaban generando la necesidad de aplicar el derecho al olvido para minimizar los riesgos.

A diferencia de la sentencia anterior, en este caso el Tribunal Constitucional no consideró la solicitud de los demandantes de suprimir sus nombres y apellidos o, en su defecto, sustituirlos por sus iniciales.

La solución encontrada por el Tribunal Constitucional español para resolver la STC 58/2018 fue desindexar los datos personales de los buscadores internos y externos de las personas sin modificar en

²⁶⁰ SANCHO LÓPEZ, Marina. El derecho al olvido y las hemerotecas digitales. Breve recorrido por la jurisprudencia española. *Op. Cit.* p. 756.

²⁶¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico quinto.

²⁶² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria et al. El conflicto entre el derecho al olvido y la libertad de información de la prensa contenida en hemerotecas. *Op. Cit.* p. 94.

absoluto la noticia original. Así, seguiría siendo posible encontrar información para abastecer a ambos intereses de la prensa –como formadores de opinión e informadores sobre hechos pasados–, que sin embargo, ya no se realizarían a través de una búsqueda aleatoria de datos personales.

La resistencia en la aceptación legislativa y jurisprudencial del derecho al olvido se debe principalmente al desconocimiento de sus límites. En primer lugar, en ningún caso es necesario borrar o desindexar información de personas públicas, ni de hechos históricos, ni siquiera de interés para la población en general. En segundo lugar, se requiere que la información haya perdido su significado y utilidad para el público en general. Sólo conserva, en casos concretos, la posibilidad de reposicionar, es decir, sacar de la posición de mayor visibilidad, determinada información sobre un individuo anónimo que pretende conservar su imagen social actual, y no pasada, que si no fuera por la tecnología, ya no se recordaría.

La clave para diferenciar el derecho al olvido de cualquier otro instituto y defender su aplicabilidad radica en el cambio de paradigma que las grandes empresas tecnológicas -especialmente Google- han tenido en los últimos años.

Mucho más que un buscador e indexador de información, Google interconecta servicios, recogiendo datos de todo tipo, en las más diversas funcionalidades que utilizamos. Son servicios de Google: Youtube, el sistema Android, el navegador Chrome, el traductor de Google, Google Street View, Google Maps, Google Meet... y otra multitud de servicios que utilizamos a diario, regalando nuestros datos personales a cambio de tecnología supuestamente gratuita.

De lo que no nos damos cuenta inicialmente es que estas “huellas digitales” interconectadas por tantas funciones que usamos, ya sea en la computadora o en nuestro celular, forman un perfil de quiénes somos. Nos atrevemos a decir que Google sabe más de un individuo que él mismo.

El constitucionalismo digital debe preocuparse por la nueva dimensión de los conflictos sociales en un entorno virtual interconectado por internet, pero también por los nuevos derechos. Esta poderosa empresa inició sus actividades en 1998. Desde entonces han sido 25 años de vertiginosos avances en el campo de la tecnología, que, sin duda, la ley no ha mantenido.

Desindexar contenidos no hace que la información deje de existir, ya que la información continuará en la página que la publicó. Reorganizar los enlaces para que el estado actual de un individuo aparezca entre los primeros resultados no priva a la sociedad de tener acceso a la información, ni a la prensa de expresarse o informar. Ambos casos solo protegen a los ciudadanos en cuanto a sus derechos de la personalidad, por lo que, ante la interferencia tecnológica, la información de su pasado puede quedar donde debe estar, es decir, en el pasado.

Si el interés está en una noticia, una información, un crimen o una historia; siempre se podrá tener acceso cuando se ingresen en el buscador otros términos relacionados con lo que se busca. Sin embargo, lo que cuestionamos es el derecho de cualquier persona a realizar una búsqueda aleatoria sobre otra, solo con la intención de conocer tanta información como sea posible sobre su vida.

Nos gustaría marcar nuestro punto de vista en medio de la diferencia entre desindexar y borrar. Borrar –hacer que deje de existir

definitivamente— la información que había sido publicada lícitamente requiere un examen más detenido de las exigencias del artículo 17 del RGPD y, sobre todo, de la injerencia de los órganos públicos de control o de la Justicia. La desindexación, que en nuestra opinión es el aspecto más importante en la defensa del derecho al olvido, consiste en eliminar, a petición del interesado, los enlaces que se remontan a cierta información desacreditadora de su pasado que ya no tienen sentido que aparezcan al insertar su nombre en un motor de búsqueda.

También defendemos, en este caso, la intervención de los órganos públicos de control o de la Justicia, aunque sea *a posteriori* como una forma de auditar las decisiones de las empresas privadas.

Nuestra posición es clara en relación a la aplicación del RGPD respecto las personas fallecidos cuando hablamos de datos personales tratados informáticamente. Debido a varias construcciones doctrinales, y sobre todo, inspirados en la nueva LOPD española de diciembre de 2018 y reforzando nuestra argumentación con las recientes publicaciones de Cartas Digitales de Portugal y España, afirmamos que no solo el derecho a la protección de datos es plenamente aplicable, sino también el derecho al olvido *post mortem*.

Es por ello que deben respetarse las limitaciones ya previstas para las personas vivas y añadirse las peculiaridades en relación con los derechos personalísimos de las personas fallecidas.

6 DERECHO AL OLVIDO EN BRASIL

La primera mención del derecho al olvido en Brasil ocurrió en la VI Conferencia de Derecho Civil del Consejo Federal de Justicia. Este instituto, a pesar de que los entendimientos resultantes no tuvieran carácter vinculante, tiene como eje la interpretación de lagunas evidentes del Código Civil, en un evento que reúne a reconocidos juristas para debatir temas de actualidad y de interés para la sociedad.

En la mencionada Jornada, que tuvo lugar en 2013, la Declaración nº 531 determina que “La protección de la dignidad humana en la sociedad de la información incluye el derecho al olvido²⁶³”.

El Pronunciamiento buscó eliminar los vacíos del artículo 11 del Código Civil, que se refiere directamente a los derechos de la personalidad, y en su justificación hace referencia expresa a los daños ocasionados por las nuevas tecnologías de la información. Es decir, a nuestro juicio, el debate brasileño comienza de forma adecuada, aunque choca en algunos puntos con el entendimiento europeo, no desvinculándose de la necesidad del debate sobre el derecho al olvido en el escenario tecnológico.

Reitera que el derecho al olvido solo debe garantizar la posibilidad de que el titular de los datos cuestione el tratamiento actual dado a sus datos pasados. Se discute si el propósito y la forma en que son recordados sigue siendo adecuado y no permite que el

²⁶³ Comunicado nº 531 de las VI Jornadas de Derecho Civil del Consejo de Justicia Federal. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enuncados/enuncia/142>

individuo tenga el poder de “reescribir su historia” y, en consecuencia, la historia colectiva.

En Brasil, en línea con un entendimiento extranjero²⁶⁴, aunque en esa época (todavía en 2006) no se requería un derecho al olvido, es posible aquí citar el entendimiento del Supremo Tribunal Federal sobre el derecho del condenado a la resocialización como un derecho fundamental implícito²⁶⁵.

Posteriormente, en 2015, la Sala 2ª del Supremo cita el derecho al olvido, vinculándolo a la prohibición constitucional de las penas perpetuas²⁶⁶. A los efectos de la dosimetría de la pena, los delitos en los que el penado ya ha tenido extinguida su pena por más de 5 años ya no consideran la existencia de malos antecedentes.

De esta forma, Brasil siguió el camino recorrido por países que hoy reconocen el derecho al olvido como parte de su ordenamiento jurídico. Refiriéndose inicialmente a ámbitos específicos como el mencionado ámbito penal, para pasar al ámbito general sustentando su fundamento en el principio constitucional de la dignidad humana en su faceta de defensa de los derechos de la personalidad.

Los entendimientos siguen surgiendo de Sentencias y Jurisprudencia. Sin embargo, los debates se intensifican, y con la publicación de la Ley de Protección de Datos, que omite el tema, se hacen más necesarios que nunca, ya que en tiempos de privacidad amenazada -por no decir casi extinguida, dado que, recientemente, ni las autoridades del más alto escalafón de los poderes de Brasil se

²⁶⁴ Nos referimos aquí al caso Lebach I del Tribunal Constitucional alemán expuesto anteriormente.

²⁶⁵ STF, Pleno, HC 82959/SP, Min Marco Aurélio, DJ 09-01-2006.

²⁶⁶ SARLET. Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO. Arthur M. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Op. Cit.* p. 129.

salvaron del espionaje y exposición pública de sus comunicaciones- los derechos de la personalidad destacan por su vulnerabilidad frente a las nuevas tecnologías.

6.1 LOS DOS CASOS EMBLEMÁTICOS EN BRASIL: AÍDA CURÍ Y CHACINA DE LA CANDELÁRIA

Los dos casos paradigmáticos del derecho al olvido en Brasil son conocidos por Aída Curi, Recurso Especial N°. 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0), y *Chacina da Candelária*, Recurso Especial N° N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7).

El caso Aída Curi espera la interpretación por parte del Supremo Tribunal Federal en el proceso de Repercusión General en relación a la ponderación de derechos constitucionales como los derechos de la personalidad -derecho a la privacidad, la intimidad y el honor- y el derecho a la expresión y la información.

En el primer caso, cuyo recurso ante la Corte Suprema de Justicia no está previsto, la familia de Aída Curi, específicamente sus hermanos, reclaman el daño material y el derecho al olvido con la consecuente reparación del daño moral causado a la familia, alegando revivir el dolor que ese crimen les causó años atrás.

Sustentam que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, mas que a emissora ré cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aída Curi, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado “Linha Direta-Justiça.”²⁶⁷

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso Especial N° 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Min. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponible en <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Consultado por última vez el 20 de enero de 2019.

Aída Curi fue asesinada por tres hombres en 1958. La brutalidad con la que se cometió el crimen conmovió a la sociedad en su conjunto, siendo su nombre e imágenes muy difundidas por los medios de comunicación de la época.

Los acusados del crimen, que luego fueron absueltos, pusieron de manifiesto la nefasta consecuencia del movimiento típico de los años 50 y 60 conocido como “*juventude transviada*”. Inspirándose en las películas protagonizadas por estrellas como Marlon Brando y James Dean, estaba de moda mostrar cierto aire de flirteo, sensibilidad, pero también instintos depredadores y violentos.

El típico hombre *bon vivant* (bien vestido, bien parecido) procedente de una familia rica e influyente, representaba las características del principal implicado en el crimen: Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 años. Había invitado a Aída Curi (18 años) a ver la cobertura del Edificio Río Nobre. Al llegar allí, intenta violarla con la ayuda del hijo del Síndico del Edificio, el joven Cássio Murilo, de 17 años, y el portero Antônio Sousa, de 27 años.

Aída se resiste fuertemente a la violación y después de mucha lucha física con los tres hombres alcanza el máximo estrés físico y se desmaya. Creyendo que la joven había muerto, los tres jóvenes arrojan a la víctima desde el piso 12 del edificio con la intención de simular un suicidio.

El jurado terminó condenando solo a Cássio Murilo por el delito de homicidio, quien por ser menor de edad fue enviado a una institución propia, y luego al servicio militar. Los otros dos implicados fueron condenados por los delitos de atentado contra el pudor y tentativa de violación.

El caso fue seguido por la prensa de la época con todo detalle durante meses. Toda la vida de Aída Curi y sus familiares quedó al descubierto, así como la de los delincuentes.

Como ejemplo de la repercusión del caso, Ronaldo se transforma en una auténtica celebridad, odiado por unos y amado por otros. Odiado por la “familia tradicional brasileña”, que criticaba con vehemencia el estilo de vida que llevaba el joven, y querido por el grupo de jóvenes afines a él. Las gafas que solía usar el joven se pusieron de moda en el país hasta el punto de ser conocidas como “gafas a la Ronaldo”²⁶⁸.

Años más tarde, el 29 de abril de 2004, el programa “Linha Direta Justiça” de TV Globo, con gran repercusión y en el mismo modelo que muchos otros programas policiales de televisión de diferentes países, relata el caso utilizando la dramaturgia, el nombre y la imagen de la fallecida. Esto habría provocado, según los autores, la reapertura de una herida ya cicatrizada y que, de no ser por el programa, no habría causado el dolor -daño moral- de revivir un hecho sumamente traumático para la familia.

Los hermanos de Aída Curi acusan a TV Globo de obtener lucros de audiencia y publicidad sin su autorización, a través de la explotación de la tragedia familiar, siendo este el único motivo de exposición, resultando así en un enriquecimiento ilícito por parte de la empresa²⁶⁹.

La demandada se defiende con base en el derecho a informar y el derecho a la libertad de expresión, ya que se trató de un delito

²⁶⁸ ZIMMERMANN, Maíra. A CRIMINALIDADE TRANSFEITA EM ESTILO: CASO AÍDA CURI E OS IRMÃOS KRAY NA PASSAGEM DOS ANOS 1950-60. **História: Questões & Debates**, v. 65, n. 2, p. 99-125, 2017. P. 114.

²⁶⁹ Recurso Especial N° 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). p. 1.

histórico de interés para la sociedad, ya sea general o particular, como en el ámbito académico. Y en este caso sería imposible desvincular el nombre y la imagen de la fallecida, ya que el crimen pasó a conocerse como el “Caso Aída Curi”.

En apelación, el Tribunal de Justicia del 47º Juzgado Civil del Distrito de Capital/RJ pregunta: “*o que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos*²⁷⁰”. Es decir, quedó claro que el daño material no cabía en el caso en cuestión.

Ahora bien, dicho esto, analicemos críticamente los argumentos que llevaron a la negación del derecho al olvido y al daño moral.

La parte acusa al demandado con fundamento en el precedente 403 de la Corte Suprema de Justicia, que prevé el derecho a una indemnización, que no depende de la prueba del daño, a la persona que tiene su imagen expuesta sin autorización con fines comerciales y económicos.

El Magistrado Luís Felipe Salomão, relator del caso, entiende que, debido al tamaño de la emisora televisiva, la exhibición del caso no traería ganancia significativa con la exposición de la imagen de Aída Curi si esa fuera la única justificación para explorar el caso. Estamos de acuerdo con su punto de vista.

También coincidimos en que el crimen, al haber pasado al dominio público, en realidad no podía desligarse del nombre y la imagen de Aída Curi. Del mismo modo, haciendo un paralelismo con

²⁷⁰ *Ibidem.*

un caso más reciente, difícilmente se podrá hablar del asesinato de la familia Richthofen²⁷¹, sin mencionar el nombre de la ahora condenada Suzane Louise von Richthofen, hija de la pareja asesinada en su propia casa a instancia de su hija, por su novio y el hermano de este.

A la misma conclusión se llegó en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de diciembre de 1989 [RTC\1989\8880], conocida como “Envenenadora de Valencia”. En este caso, su familia, que había sido condenada a muerte por el delito de envenenamiento, reclamaba no el derecho al olvido, sino algo similar, el “derecho a la intimidad de la fallecida”.

Al igual que en el caso Aida Curi, un programa de televisión español pretendía emitir un episodio narrando el caso. La Audiencia entendió que la censura no podía efectuarse dada la trascendencia del caso para la sociedad española, ya que se trataba de la última pena de muerte en España²⁷². Y claro, no había manera de contar la historia sin mencionar al criminal.

En estos casos, el derecho al olvido debe relativizarse en detrimento de los derechos de la personalidad y a favor del derecho a la información, ya que la información no puede transmitirse sin que se exponga la figura principal. Lo que no impide, a nuestro juicio, que en casos concretos, la prensa pueda utilizar ardides como utilizar las iniciales de los nombres, cambiar los nombres u ocultar la imagen.

²⁷¹ Ver Sentencia que condenó a Suzane von Richthofen ya los hermanos Cravinhos. Disponible en <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI27826,101048-Integra+da+sentenca+que+condenou+Suzane+von+Richthofen+e+os+irmaos>. Último acceso el 15 de mayo de 2019.

²⁷² MATE SATUÉ. LORETO CARMEN. ¿Qué es realmente el derecho al olvido? *Op. Cit.* por. 195.

Creemos que uno de los puntos críticos en la comprensión de la Corte Suprema de Justicia del caso Aída Curi, que tampoco está en línea con la jurisprudencia extranjera, es la cuestión “del paso del tiempo”.

El Magistrado Salomão, analiza a nuestro juicio erróneamente, que cuanto mayor sea el tiempo transcurrido desde el hecho, menor será la posibilidad de daño moral, refiriéndose en este caso daño a la familia de Aída Curi, ya que, a suparecer, esas heridas no podrían ya causar ningún dolor.

Es necesario entender que el paso del tiempo no es solo una cuestión a marcar con un posible daño moral, sino también con el interés que tiene la sociedad actual en estar informada sobre tal evento *versus* el posible daño que puede ocasionar a la figura que está expuesta o a la familia. Elemento que parece no haber sido tenido en cuenta.

Desde un punto de vista psicoanalítico, se sabe que el olvido es saludable en dos sentidos: para dar lugar a nuevos recuerdos y para olvidar recuerdos dolorosos del pasado.

Sin embargo, el recuerdo termina siendo un valioso instrumento de la técnica psicoanalítica freudiana²⁷³ para el tratamiento del trauma. Es un detallado camino de técnicas aplicables por un profesional para acceder cuidadosamente a recuerdos específicos que, aun así, provocarán una sensación de “dolor” en el paciente, para luego observar síntomas de mejoría.

²⁷³ FREUD, Sigmund. **Compêndio de Psicanálise e outros escritos inacabados.** Autêntica, 2016. P. 165.

¿Qué pasa con alguien que necesita dejar en el pasado un hecho o situación de su historia y personalidad, y que se ve obligado a recordar sin ningún tipo de preparación emocional para tal acontecimiento?

El “dolor” narrado por Freud, causado por el acto de recordar nunca cesará, porque en ningún momento se coloca al individuo en una situación terapéutica opcional con la posibilidad de enfrentar su pasado, comprender lo sucedido, darle un nuevo sentido y así poder relacionar los hechos en tiempo pasado con el presente sin ningún problema.

Es la analogía con la máquina de tortura de Kafka. Nos sentimos con derecho, más aún frente a la sociedad de la información, a juzgar y atormentar indefinidamente a las personas por su pasado.

El segundo caso brasileño, *Chacina da Candelária*, trae al debate elementos muy similares al anterior. Asimismo, existen argumentos en contra del derecho al olvido, que enumeramos aquí:

1. Sería un atentado contra la libertad de expresión y de prensa.
2. Desafiaría el derecho a la memoria del conjunto de la sociedad.
3. El derecho a la intimidad sería la censura de nuestro tiempo.
4. Estaríamos ante un “delirio de la modernidad” donde la gente quiere fingir que algo no pasó o que alguien no existió.
5. Podría borrar registros de crímenes y criminales infames.
6. Que la información legal no puede convertirse en ilegal con el simple paso del tiempo.
7. A quien entre en un hecho público, se le mitiga la protección de la

privacidad y de la intimidad. 8. Y que este tipo de programa de televisión es normal en Brasil y en el mundo²⁷⁴.

Candelária es una iglesia ubicada en el centro de Río de Janeiro donde se reunían niños y jóvenes para pasar las tardes. Uno de ellos se convierte en sospechoso del asesinato de un policía. Como forma de venganza, 8 (ocho) jóvenes son asesinados y 6 (seis) quedan gravemente heridos por policías.

El crimen, ocurrido en julio de 1993, condena a tres policías - quienes luego serían exonerados-, incluido el autor de la demanda por el derecho al olvido. En 2006, 13 años después, el mismo programa “*Linha Direta Justiça*” de TV Globo, pretende narrar el hecho. Solicita una entrevista con el autor del proceso, la cual le es denegada puntualmente.

A pesar de la negativa de Jurandir Gomes de França –el autor- y su no autorización expresa, ya que había vuelto a la condición de anónimo tras ser acusado injustamente de un delito, la emisora decidió mantener el programa, utilizando el nombre y la imagen del autor. Según el demandante:

(...) levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não

²⁷⁴ RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). p. 17.

*ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares*²⁷⁵.

Además, según él, es posible interpretar que el programa terminó sugiriendo que la investigación policial se había realizado de manera “incompetente” y que el debate se basó precisamente en esa supuesta incongruencia de una sentencia absolutoria errónea.

Sin embargo, es importante señalar que al inicio del programa, la presentadora alerta sobre la inocencia de tres hombres que pasaron tres años en la cárcel, entre ellos, el autor del proceso. Claramente se puede percibir en la grabación que ya está disponible para el público en general en la plataforma de YouTube²⁷⁶.

No estamos de acuerdo con la relación que el Relator, el magistrado Luís Felipe Salomão, hace en las actas sobre si el informe ha llevado, necesariamente, a la convicción de que era una persona culpable que había sido liberada injustamente.

*Os valores sociais ora cultuados conduzem a sociedade a uma percepção invertida dos fatos, o que gera também uma conclusão às avessas: antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado acidentalmente absolvido*²⁷⁷.

Asimismo, para el demandado, no sería posible prescindir de la exposición del nombre y las imágenes del policía, ya que era parte

²⁷⁵ RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). por. 1.

²⁷⁶ El programa Linha Direta de TV Globo se emitió el 27 de julio de 2006 y fue publicado en YouTube por Danilo Rodrigues, bajo el seudónimo de Pedro Janov, quien supuestamente es un periodista y coleccionista de viejos videos de la televisión brasileña. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=pC6blhGQWc8>, consultado por última vez el 20 de septiembre de 2019.

²⁷⁷ RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). p. 42.

clave del debate del programa. Este no sería sobre la masacre en sí, sino sobre la investigación policial que se había hecho mal y, en consecuencia, la propia sentencia. Asimismo, en la fase de apelación especial, el demandado:

Informa também que não seria possível retratar a trágica história dos homicídios da Candelária sem mencionar o recorrido, porque se tornou, infelizmente, uma peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial. Assim, a ocultação do recorrido ou dos demais inocentados do crime "seria o mesmo que deixar o programa jornalístico sem qualquer lógica, pois um dos mais relevantes aspectos que envolveram o crime foi justamente a conturbada e incompetente investigação promovida pela polícia"²⁷⁸.

El argumento del acusado es débil. La Chacina da Candelária en sí es ya una historia suficientemente absurda, de proporciones internacionales, que necesitaba ser contactada en muchos detalles antes de llegar al punto de juicio del autor del proceso, y que podía estar muy bien narrada sin exponer la imagen y el nombre del autor²⁷⁹

Asimismo, el magistrado Salomão, en su voto, orienta a la prensa a reflexionar sobre la necesidad de desenmascarar al autor de la demanda. Que en este caso -y quizás en futuros casos en los que se encuentre ante una duda similar- la prensa debería preguntarse, ante la incertidumbre de si avanzar o no en materia de

²⁷⁸ *Ibidem*. p. 4.

²⁷⁹ En este sentido RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). por. 39: "A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional".

exposición, si la historia estaría bien contada con la omisión del nombre e imagen de algún personaje y el cambio por pseudónimos o el ocultamiento de la imagen, si tal omisión atentase contra el interés público, comprometiera la denuncia y comprometiera el derecho a la información²⁸⁰.

Esta persona no fue el verdadero asesino de esos niños y adolescentes. Había sido condenado injustamente y literalmente perdió tres años de su vida en la cárcel, acusado de un delito muy grave.

Había informado expresamente a la cadena de televisión su deseo de que su vida no volviera a ser expuesta, teniendo TV Globo plena capacidad para equilibrar el interés público de ser informado y el interés del autor de mantener su privacidad, no incurriendo en "abuso del derecho a la informar". Esto también se expresa en el resumen de la decisión sobre la apelación:

*IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, **constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento**²⁸¹. (nuestra negrita)*

²⁸⁰ RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). por. 41: "Pero, si bien no hay duda sobre el interés público en revisar los hechos involucrados en la investigación de la Chacina da Candelária, ¿es correcto suponer que la omisión del nombre y la imagen del autor, ahora embargados, menoscabaría el interés público? ¿Se vio comprometido el informe? ¿Se comprometería el derecho colectivo a la información si se preservara la imagen del autor y se utilizara un seudónimo? "

²⁸¹ RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). p. 2. Hojas de decisión de apelación de 195-196.

Nos damos cuenta de que los elementos en este caso para la concesión del derecho al olvido están bien elaborados y motivados. Incluso en materia de infringir embargos, la Corte expresa que si es posible otorgar una especie de derecho al olvido basado en el derecho a la resocialización, ¿por qué no otorgarlo en relación con alguien que ha sido acusado injustamente de un delito²⁸²? Aquí, el relator del caso se refiere a la Ley de Ejecución Penal brasileña en su artículo 202²⁸³. También al artículo 748²⁸⁴ del Código Procesal Penal y a la jurisprudencia nacional que se inclina por la resocialización de quienes ya cumplieron su condena o fueron absueltos de la acusación.

Esto nos remite al caso alemán Lebach I en el que el elemento de resocialización fue el punto crucial para otorgarle a ese criminal el derecho a ser dejado en paz, u olvidado, ya que estaba próximo a salir de prisión, y al final de ese capítulo de su vida, tenía pleno derecho a reinsertarse en la sociedad de manera digna, pues ya había cumplido la condena que se le había impuesto.

²⁸² En este sentido RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). p. 42.

²⁸³ Aquí se refiere a la regla del ordenamiento jurídico brasileño que determina que después de cumplida o extinguida la pena, el condenado tiene derecho a un certificado negativo. En este sentido, la LEY N° 7.210, DE 11 DE JULIO DE 1984, o Ley de Ejecución Penal: "Art. 202. Cumplida o extinguida la pena, no constará en el acta, actas o certificados que expidan las autoridades policiales, noticia alguna o referencia a la condena, salvo para instruir un proceso por la práctica de un nuevo delito u otros supuestos. expresado por la ley." BRASIL, LEY N° 7.210, DE 11 DE JULIO DE 1984, Ley de Ejecución Penal, Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm, último acceso el 25 de septiembre de 2019.

²⁸⁴ "Arte. 748. La condena o condenas anteriores no se mencionarán en la hoja de antecedentes del rehabilitado, ni en un certificado extraído de los libros del tribunal, salvo que lo solicite un juez penal. BRASIL, Decreto Ley 3689/41 , 3 DE OCTUBRE DE 1941, Código Procesal Penal, Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm , último acceso el 25 de septiembre de 2019

Frente al caso comentado anteriormente, que tuvo como ponente al mismo magistrado, aquí se defiende curiosamente la cuestión “del paso del tiempo” como elemento determinante para la concesión del derecho al olvido.

Se entiende que, aún en casos históricos, el derecho a informar no es absoluto. Permitir una explotación amplia y absoluta del caso “puede significar permitir un segundo abuso de la dignidad humana, simplemente porque el primero ya se ha cometido en el pasado²⁸⁵”.

En el caso de Aída Curi, donde en su momento hubo explotación mediática perjudicial para la familia, el magistrado entiende que el paso del tiempo fue un elemento determinante para la desaprobación. Para ello, defiende que el tiempo transcurrido fue suficiente para calmar las “heridas” que quizás algún día se habían abierto.

En el caso bajo estudio, la *Chacina da Candelária*, en el que hubo una diferencia entre el crimen y la transmisión del programa de televisión de 13 años, (y no más de 50 años como en el caso de Aída Curi) el paso del tiempo fue tomado en consideración. Lo que nos lleva a dos opciones de interpretación.

Primero: la Corte se equivocó o, segundo: estaría dando indicios de que la interpretación que eligió fue que cuanto más tiempo transcurra, mayor será el interés público, menor el daño moral del autor de la solicitud y menor la probabilidad de otorgamiento del derecho al olvido. Por el contrario, lo cierto es que, cuanto menor sea el tiempo que transcurra, menor será el interés público, mayor será

²⁸⁵ RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). p. 28.

el choque moral del autor de la solicitud y mayor la probabilidad de que se conceda el derecho al olvido.

Esto va en contra del entendimiento de la jurisprudencia extranjera más vanguardista. El Tribunal Supremo español resolvió las sentencias STS de 6 de julio de 2017 (RJ 2017, 3194) y 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 195059) que versaban sobre la solicitud del derecho al olvido por parte de quienes no fueran culpables de un delito grave crimen.²⁸⁶

La noticia se publica ahorrando los nombres y apellidos de los imputados e inocentes por falta de pruebas, sin embargo, utilizan una foto. El Tribunal entendió que, además de no identificar directamente la foto, había pasado poco tiempo entre el crimen y la publicación de la noticia -unos meses- y seguía siendo de interés para el público en general.

En otras palabras, como se discutió en otros casos a lo largo de este estudio, la Corte entiende aquí que el interés de la población por estar informada decae naturalmente con el tiempo.

En el caso de la *Chacina da Candelária*, coincidimos en que se debe respetar el derecho del autor de la solicitud a que se le deje en paz, pero no sólo por el paso del tiempo, sino por todas las demás razones mencionadas anteriormente, incluido el hecho de que las consecuencias se habrían evitado -al menos supuestamente- en caso de que su nombre e imagen no hubieran sido revelados.

²⁸⁶ MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Protección de Datos y Buscadores en Internet: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro sobre el Derecho al Olvido/ Protección de Datos y Buscadores en Internet motores: actual problemas y futuro perspectivas sobre los derecho al olvido. *Op. cit.* p. 201-202.

El tercer caso que enumeramos para demostrar el entendimiento en Brasil sobre el derecho al olvido es que, aunque no existe este término específico en la solicitud del autor, siempre es utilizado por la doctrina como un ejemplo para explicar el tema. Esto se debe a que la solicitud en sí fue la primera que más se acercó a lo entendido por los Tribunales extranjeros.

Se trata del Recurso Especial N° 1.316.921 del Superior Tribunal de Justicia (STJ)²⁸⁷ interpuesto por Google Brasil Internet Ltda. contra la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro. El cual tuvo como ponente a la magistrada Nancy Andrichi.

Este recurso se deriva de una demanda iniciada inicialmente por la presentadora de televisión Maria da Graça Xuxa Meneghel , más conocida como Xuxa, contra Google, solicitando la desindexación de los enlaces que contenían la asociación de su nombre con los términos pedófila o pedofilia, o cualquier otro tipo de delito, con o sin comillas y con grafías similares. En primera instancia se concede la solicitud.

El Tribunal de Justicia de Río de Janeiro modifica la sentencia proporcionando la solicitud solo en parte, obligando a Google a eliminar solo las fotos de la opción de imágenes y dejando los enlaces.

Los representantes de Google, en la fase de apelación especial, utilizan la combinación de los artículos 536, § 1º y 537, § 1.º del Código de Proceso Civil de 2015 y 248 del Código Civil de 2002, que disponen que habrá obligación si el cumplimiento se vuelve

²⁸⁷ STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Fecha de Juicio: 26/06/2012, T3 - TERCERA TURMA, Fecha de Publicación: DJE 29/06/2012.

imposible, y el deudor no es culpable²⁸⁸. En otras palabras, alega que la determinación de la Corte de desindexar las imágenes de la presentadora Xuxa en los resultados que la vinculaban con el tema de la pedofilia sería técnicamente imposible. También argumenta que una cierta “censura previa de contenido” estaría bajo su responsabilidad sin que tal decisión estuviera precedida de una “previa consideración judicial”.

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia “decidió por unanimidad que Google era solo un facilitador de información”, lo que imposibilitó acceder a la solicitud²⁸⁹. El motivo de la solicitud tiene su origen en una película de los años 80 donde Xuxa protagoniza una escena que insinúa un acto sexual con una menor. Tras el estreno de la película, la entonces modelo y actriz cambió el rumbo de su carrera y comenzó su labor como presentadora de un programa infantil, donde cosechó un enorme éxito a nivel nacional e internacional.

Durante los siguientes años, Xuxa busca inhibir la reproducción y comercialización de la película. Sin embargo, con la llegada de internet se hace imposible identificar y prevenir múltiples reproducciones de la misma.

El caso se juzga ante los casos más sonados sobre el tema – Chacina da Candelária y Aída Curi– y, lamentablemente, se limitó a debatir la responsabilidad de Google como proveedor de búsquedas.

²⁸⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Derecho al olvido: entre la sociedad de la información y la civilización del espectáculo. **Revista de Derecho Privado**, v. 70, pág. 71-98, 2016. p. 11

²⁸⁹ DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; MACIEL, Marlea Nobre Costa. Derecho al olvido: ¿hay lugar en la sociedad de la información para el epílogo de la máquina de tortura kafkiana? *Op. Cit.* p. 407.

Antes de entrar en el debate, nos gustaría exponer nuestra posición. Creemos que el caso, de hecho, no debería haberse facilitado teniendo en cuenta la vida pública que la presentadora tenía y tiene hasta hoy y sin mostrar el más mínimo deseo de permanecer en el anonimato. Aprobar el caso sería dar la razón a los críticos del derecho al olvido cuando profetizan la reescritura de la propia historia o el borrado del pasado. Por dos motivos: se trata de una figura pública y la película de una obra de arte.

La Corte pierde la oportunidad de profundizar en el tema, también por los argumentos esgrimidos por la relatora para no acceder a la solicitud de la autora, eximiendo así a Google de cualquier responsabilidad. Decisión que va totalmente en contra de la jurisprudencia extranjera²⁹⁰.

Aunque el conocido Asunto C-131/12 - *Google Spain* fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 1 año después del caso Xuxa, ya existía un debate jurisprudencial y doctrinal sobre el tema.

Al final, en el caso en discusión, la Corte Europea entendió que para que Google pueda ofrecer al público una lista ordenada - indexada- de los contenidos de acuerdo con algunas preferencias individuales, lo realiza de manera “automatizada, constante y sistemática”. Para ello recoge datos de internet, recupera, registra (en los programas de indexación), conserva (en los servidores) y, a petición de sus consumidores indirectos (ya que su ganancia económica proviene de la venta de espacios publicitarios, cedidos en

²⁹⁰ DE OLIVA, Afonso Carvalho; CUNHA, E. CRUZ; MARCO, AR Caso de Estudio Xuxa vs. Google Search (RESp 1.316.921): el derecho al olvido en internet y el Tribunal Superior de Justicia. En: **Trabajo publicado en el I Congreso Internacional de Derechos de la Personalidad – UniCesumar, Maringá/PR**. 2014. p. 4.

sus páginas a los anunciantes que desean llegar a una determinada audiencia), pone a disposición de los usuarios los contenidos en forma de listas. Todo este proceso no es más que las etapas de realización del tratamiento de datos, entendido por el Tribunal de Justicia conforme al artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46 ²⁹¹.

A continuación, enumeramos los argumentos más cuestionables de la decisión de la magistrada Nancy Andrichi:

1. Al determinar la naturaleza jurídica de los buscadores, se entiende que *“não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links”*. No estamos de acuerdo con la organización y la gestión. En el momento en que la empresa decide, a través de algoritmos de programación, la forma en que seleccionará los elementos, y qué tipo de ellos y en qué cantidad dentro de la inmensidad de sitios disponibles en internet, está practicando una especie de “organización” para luego “gestionar” el resultado encontrado según un interés de marketing. Por lo tanto, no podemos usar tal argumento para eximir a Google de responsabilidad por los resultados que presenta.
2. La magistrada entiende que *“o papel da Google se restringe a identificação de páginas na web onde as informações, mesmo ilícitas, estão livremente veiculadas e com livre acesso ao público”* Por ello el interesado deberá demandar a cada sitio web que haya publicado dicho material, de esta manera, dejará de ser incluido en la lista indexada de

²⁹¹ Sentencia de 13 de mayo de 2014, Costeja, C - 131/12, UE: C: 2014:317, n. 28.

Google. Más adelante, reconoce la dificultad de esta tarea, pero alega que Google también la tendría. Estamos completamente en desacuerdo. En primer lugar, el papel de Google no se limita a la simple identificación de páginas como se mencionó anteriormente, (además de que vincula cada vez más sus servicios de búsqueda a otros como redes sociales, geolocalización, correo electrónico, alojamiento de sitios web, etc.²⁹²) por lo que no consideramos posible simplificar así el papel de esta empresa en la vida del ciudadano común. En segundo lugar, demandar a cada sitio web es imposible ya que puede haber una inmensidad de ellos e incluso, en el caso de lograr eliminar un cierto número de estos contenidos en la red, luego aparecerían otros.

3. La magistrada esgrime el argumento de que "*no ramo da inteligência artificial, não permite que computadores detenham a capacidade de raciocínio e pensamento equivalente à do ser humano*". Sin embargo, para la efectividad de lo que el demandante exigía a la empresa, no era necesario que Google desarrollara una herramienta equivalente al razonamiento y pensamiento humano, aunque fuese capaz²⁹³. La demanda se resolvería con una

²⁹² Google ha lanzado la plataforma de inteligencia artificial *TensorFlow* para analizar videos capturados por drones. Inicialmente fue diseñado para varios usos, pero sería adaptado para uso militar. La nueva tecnología utilizará inteligencia artificial para ayudar a los drones a identificar y decidir por sí mismos qué objetivos atacar, sin ninguna interferencia humana. **SALI, Felipe. "Google proporciona tecnología a drones militares, y a los empleados no les gusta". Op. Cit.**

²⁹³ Yuval Noé Harari en *Homo Deus* cita una serie de ejemplos en los que la inteligencia artificial ha superado al hombre durante mucho tiempo. En el programa de preguntas y respuestas de la televisión estadounidense - *Jeopardy!* – La computadora Watson de IBM ganó dos campeonos en 2011. Esta misma computadora ya sirve para ayudar a los médicos a determinar diagnósticos, se mejora cada día, lo que hace que la práctica de la medicina se vea amenazada, ya que no necesitará tantos médicos generales – o

técnica relativamente sencilla de programación de algoritmos, que incluso se utiliza hoy en día en la Unión Europea. En esta misma línea, la magistrada afirma que los ordenadores no son capaces de ser creativos y sentir emoción, otro argumento vacío de importancia, porque ese no es el punto a debatir.

Argumentamos que, en el caso en cuestión analizado, la solicitud no debió ser concedida. Xuxa es una figura pública por elección, utiliza su imagen de manera profesional, y es de interés para la población mantenerse informada sobre la misma, y de interés para la prensa informar sobre ella.

Un caso similar conoció la Audiencia Nacional de España, en un recurso que le fue dirigido contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos. En ambos casos se hizo caso omiso de la solicitud del autor. Era un jugador de fútbol retirado que en el momento de la solicitud trabajaba como actor. Su denuncia se cernía sobre la noticia de una condena en el pasado por amenazar a una joven. Los hechos, según consta en el expediente, tendrían que

médicos de cabecera como se les conoce en España- por esta primera atención al paciente. En el mismo año, se abrió una farmacia operada por un robot en San Francisco, Estados Unidos. En el primer año de funcionamiento, realizó 2 millones de llamadas sin cometer ningún error. Mucho antes, en 1996, la computadora Deep Blue también de IBM juega una partida de ajedrez con el campeón mundial Garry Kasparov y sale victorioso. En 2015, Google DeepMind desarrolló un programa que solo, a partir de la información de que no había píxeles activados en la pantalla y que debería alcanzar un conteo alto, aprendió a jugar 49 juegos clásicos de Atari. Citamos sólo algunos ejemplos de la superioridad de la máquina en relación con la capacidad de razonamiento y pensamiento del ser humano, algunos de ellos incluso anteriores al acuerdo estudiado. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Editora Companhia das Letras, 2016. pp 317 a 324.

ver con la proyección pública del denunciante, apoyándose así en la libertad de prensa²⁹⁴.

Sin embargo, lo que cuestionamos en el caso Xuxa, es la pérdida de la oportunidad de profundizar el debate de manera adecuada. Los argumentos a favor de Google desconocían la realidad del desarrollo tecnológico en ese momento y demuestran la falta de interés de la Corte en utilizar instrumentos como el *amicus curie* para modernizarse en el camino de las innovaciones tecnológicas, que, inevitablemente, ya interfieren e interferirán aún más en la sociedad en general.

Como forma de trazar un panorama metodológicamente organizado de la jurisprudencia brasileña, optamos por analizar informaciones²⁹⁵ del Superior Tribunal de Justicia, de las cuales, hasta el momento, hemos identificado nueve de relevancia para nuestro estudio, entre ellas, las dos ya comentadas: *Chacina da Candelária* y *Aída Curi*, el boletín nº 0527.

El boletín nº 0580 de abril de 2016, narra el caso de la REsp 1.160.440-MG, denunciado por el magistrado Rogerio Schietti Cruz. Aquí la Sexta Sala cita el derecho al olvido en un caso en el campo del Derecho Penal. Previamente, la Sexta Sala del STJ sostuvo que:

À luz do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas

²⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional Española, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1, Sentencia de 20 de septiembre de 2019, Rec. 1105/2018.

²⁹⁵ Selección hecha por la Corte de la jurisprudencia más importante en la materia.

como maus antecedentes (HC 292.474-RS, DJe 3/12/2014).

El caso en cuestión esbozó un nuevo planteamiento del Tribunal en relación con la desestimación de los malos antecedentes cuando ha transcurrido un determinado lapso de tiempo. En el caso concreto fue de “*8 anos da extinção da punibilidade do primeiro crime e da baixa dos autos do segundo crime*”²⁹⁶. De esta forma, el imputado podría beneficiarse por las reglas del § 4 del art. 33 de la Ley 11.343/2006 (Ley de Drogas). Según esta norma, si el imputado es un infractor por primera vez (conforme el artículo 64, I del CP), con buenos antecedentes, y que actualmente no se dedica a actividades delictivas ni sea miembro de una organización criminal, las penas pueden ser reducidas.

Antes de entrar en las justificaciones basadas en el derecho al olvido y los derechos humanos, el relator también cita dos tesis propias del derecho penal. Recuerda que el brocado latino *tempus omnia solvet* ya propugnaba en RHC 2.227-MG (Sexta Sala, DJ 29/3/1993) planteando que “*não há, pois, estigma permanente no Direito Penal*”, y que tal entendimiento concuerda con lo dispuesto en el artículo 64, I del CP²⁹⁷. También advierte que considerar los antecedentes como una característica eterna del individuo, sin

²⁹⁶ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1160440 / MG 2009/0190443-0. Relator: Magistrado Rogerio Schietti Cruz. DJ: 17/03/2016. Disponible en <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901904430.REG.> Consultado por última vez el 24 de junio de 2020.

²⁹⁷ STJ. RHC 2.227-MG (Sexta Clase, DJ 29/3/1993) *apud* STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1160440 / MG 2009/0190443-0. Relator: Magistrado Rogerio Schietti Cruz. DJ: 17/03/2016. Disponible en <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901904430.REG.> Consultado por última vez el 24 de junio de 2020.

considerar el caso concreto, no es congruente con el derecho penal de los hechos²⁹⁸.

Cita el caso de la *Chacina da Candelária* para calificar el derecho al olvido como un verdadero derecho a la esperanza, en consonancia con los preceptos legales y constitucionales para la regeneración de la persona humana²⁹⁹. La decisión recordó la posición del Supremo Tribunal Federal³⁰⁰, que reitera la prohibición constitucional de las penas de carácter perpetuo. En su momento, determinó que considerar indefinidamente los antecedentes penales sería “una cadena perpetua disfrazada de legalidad³⁰¹”.

Para el magistrado, no tiene lógica que el entendimiento del artículo 64, I del CP –que establece que cuando haya transcurrido el plazo de 5 años para el cumplimiento o extinción de la pena no se tendrá en cuenta la condena previa a efectos de reincidencia- se aplique también a los casos de reincidencia, y no, de forma igualitaria, según el mismo fundamento del paso del tiempo, a los malos antecedentes.

²⁹⁸ De manera simple y resumida, el Derecho Penal del Hecho es el examen y procesamiento del tipo penal practicado, sus elementales y circunstancias, y no la aplicación de sanción punitiva y retributiva con base en el autor o partícipe, sino con base en el hecho.

²⁹⁹ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.334.097 / RJ 2013/ Relator: Magistrado Luis Felipe Salomão. DJ: 28/05/2013 *apud* STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1160440 / MG 2009/0190443-0. Relator: Magistrado Rogerio Schietti Cruz. DJ: 17/03/2016. Disponible en <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901904430.REG>. Consultado por última vez el 24 de junio de 2020.

³⁰⁰ STF HC 126.315/SP. Relator Magistrado Gilmar Mendes. Segunda Clase, DJe 7/12/2015. Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>. Consultado por última vez el 6 de julio de 2020.

³⁰¹ STF HC 126.315/SP. Relator Magistrado Gilmar Mendes. Segunda Clase, DJe 7/12/2015. APUD STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1160440 / MG 2009/0190443-0. Relator: Magistrado Rogerio Schietti Cruz. DJ: 17/03/2016. Disponible en <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901904430.REG>. Consultado por última vez el 6 de julio de 2020.

De esta forma, se accedió a la solicitud del imputado y se relativizaron los antecedentes penales anteriores, permitiendo la solicitud de atenuante descrita en el § 4 del art. 33 de la Ley de Drogas.

El Boletín 0583, por su parte, hace un recorrido por el derecho del consumidor. Plantea la hipótesis de la solicitud del autor de desindexar un enlace de contenido que ya no existía. Es decir, el autor ya había logrado que el lugar de origen de la información borrara el contenido “independientemente de la acción legal y orden judicial” y solo había pedido que el buscador cumpliera con la simple obligación de retirar el enlace de la lista de búsqueda.

Es importante destacar en esta decisión el cambio en la comprensión de la responsabilidad civil de los proveedores de búsqueda. Manifiesta expresamente su disconformidad con la decisión de dicho Juzgado en la referida REsp 1.316.921-RJ, Tercera Sala, DJe 29/06/2012, caso *Xuxa contra Google*, que hemos analizado anteriormente. En esa ocasión anterior, no existía obligación en el proveedor en base a la premisa de que una vez que se quitara el contenido del sitio de origen, el problema estaría solucionado.

El entendimiento de este Recurso, cuyo relator fue el magistrado Marco Aurélio Bellizze, está en línea con nuestro análisis del caso *Xuxa*. La premisa antes expuesta es irreal, pues dado el avance tecnológico, aún en el momento del juicio, la información se multiplica exponencialmente, por lo que se vuelve, en la práctica, agotadora y en ocasiones hasta imposible para el interesado lograr el objetivo de tener su privacidad garantizada a través de la omisión de datos personales que han sido expuestos ilegal o incluso

legalmente, pero que ya no son de interés para la población y causan un malestar considerable.

Sin embargo, el Recurso bajo análisis aún no ha avanzado en esa dirección. La duda radica en la obligación que tendría o no el proveedor de desindexar los resultados de los enlaces que dirigían a páginas que ya no existen.

El Relator se apoya en la máxima del Código de Consumo en su artículo 20 para sustentar su teoría de incidencia de esta Ley sobre los servicios prestados. El proveedor de búsqueda, de forma costosa pero indirecta, proporciona un servicio a los usuarios de Internet. Es decir, poner a disposición de forma ordenada los resultados de la búsqueda solicitada por el consumidor. El proveedor se beneficia porque vende espacios publicitarios en su plataforma, que serán más caros cuantas más visitas reciba.

Si bien no existe una carga directa para el consumidor, el proveedor está obligado, por analogía, a entregar una “*prestação em conformidade com a legítima expectativa consumerista*”³⁰².

A continuación, hace clara referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2014 (C-131/12), el famoso *Google Spain*, que inaugura el derecho al olvido tal como lo conocemos hoy. Aunque en este supuesto la información continuaba en el sitio web de origen. El Tribunal decide que la inercia en la corrección del servicio defectuoso prestado no tiene justificación ni respaldo legal, y debe ser rechazada por la justicia³⁰³.

³⁰² STJ. REsp 1.582.981-RJ. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira turma, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201502238660.REG>. Último acesso em 10/07/2020.

³⁰³ *Ibidem*.

En el Boletín 0587, la Corte conoció, en agosto de 2016, un caso relativo a la intimidad del imputado. Este solicitó ocultar su nombre en el sistema electrónico de la Justicia Federal. Estaba acusado de difundir, a través de Internet, imágenes pornográficas y de sexo explícito con niños y adolescentes. Los datos de las víctimas, por ser menores de edad, se encuentran amparados por la excepción del artículo 5, XXXIII y LX de la Constitución Federal, ya que la regla general es la publicidad de los actos procesales.

Sin embargo, este derecho no puede extenderse al imputado. Se crearía así un precedente en el que se entendería que la ocultación de datos básicos del proceso generaría un “*direito subjetivo da parte envolvida em processo que tramita sob segredo de justiça*³⁰⁴”. La Corte entendió todo lo contrario, que es necesario un análisis individual de cada caso para determinar qué es necesario ocultar del proceso para que no perjudique el interés público de ser informado. En palabras del relator:

A mera repulsa que um delito possa causar à sociedade não constitui, por si só, fundamento suficiente para autorizar a decretação de sigilo absoluto sobre os dados básicos de um processo penal, sob pena de se ensejar a extensão de tal sigilo a toda e qualquer tipificação legal de delitos, com a consequente priorização do direito à intimidade do réu em detrimento do princípio da publicidade dos atos processuais.

³⁰⁴ STJ. RMS 49.920-SP. Relator Magistrado Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta clase, juzgado el 2/8/2016, DJe 10/8/2016. Disponible en <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201503127296.REG>. Último acceso el 03/08/2020.

De esta forma, el Tribunal consideró que no se concediera el recurso ordinario.

En el boletín 0588, una vez más la Corte se vuelve al campo del consumo. El dilema arroja luz sobre la duda prevista en la literalidad del § 1 del artículo 43 del Código de Protección al Consumidor. El Recurso Especial³⁰⁵ en cuestión plantea la duda de si el plazo para eliminar el nombre del consumidor de las bases de datos del registro de protección al crédito comienza el día en que fue registrado, o el día siguiente al vencimiento de la deuda.

Dada la naturaleza de derecho público del Código, su interpretación debe hacerse de la forma más beneficiosa para el consumidor. Frente a las dos posibilidades, existe la necesidad de analizar el carácter perpetuo en el que puede caer la primera opción. Una vez entendido que el plazo de 5 años comienza el día de la inscripción, deja en manos del acreedor el inicio de este plazo, bastando además con pasar de una base de datos a otra, o tener una inclusión en una nueva base de datos. Está claro que no se olvida la condición del historial del deudor, lo que imposibilita nuevas líneas de crédito.

Así, el entendimiento de la Tercera Sala del STJ fue que el plazo *“inicia-se no dia subsequente ao vencimento da obrigação não paga independentemente da data da inscrição no cadastro”*.

Finalmente, el STJ vuelve a debatir el tema de la responsabilidad de los proveedores de búsqueda en relación con los consumidores. En el boletín 0628 de agosto de 2018, la misma magistrada Nancy Andrichi, que se mostró reticente a avanzar en

³⁰⁵ REsp 1.316.117-SC, Ponente para Min. João Otávio de Noronha, Ponente para juicio Min. Paulo de Tarso Sanseverino, juzgado el 26/04/2016, DJe 19/08/2016 .

esta materia en el caso Xuxa vs Google -antes comentado- y teniendo como recurrente en régimen de adhesión al magistrado Marco Aurélio Bellizze, cambia su postura, reconociendo la responsabilidad de los proveedores de búsqueda.

La demandante había sido noticia por una acusación de fraude en un concurso público en el que había fallado. En el momento del juicio, el incidente tenía más de 10 años e incluso cuando se buscó su nombre, los enlaces más relevantes, es decir, los enlaces que se encontraría en primer lugar, seguían siendo los relacionados con tales noticias.

Hasta entonces, la posición del Tribunal era eximir a los proveedores de búsqueda de la responsabilidad de desindexar contenido legal y/o existente. Se entendía que no era su papel actuar como “censores” de la información, obligando de esta forma al perjudicado a buscar los proveedores de contenidos –uno por uno– y solicitar la supresión o rectificación de la información.

También se desmitifican argumentos de la empresa Google como la imposibilidad técnica por la dificultad de responsabilizar al proveedor a través de sus algoritmos y que sus programadores desconocen los datos. Además, daría lugar a una inmunidad jurídica para la empresa, dejando al usuario y a terceros expuestos a la desprotección por la imparable accesibilidad de contenidos potencialmente lesivos hacia los derechos de la personalidad³⁰⁶.

Se ha pasado a entender que en “*circunstâncias excepcionalíssimas*” sería posible una “*intervenção pontual do Poder Judiciário*”. Es decir, el poder judicial podría intervenir para obligar al

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arturo M. Ferreira. El derecho al olvido en la sociedad de la información. *Op. cit.* p. 177.

proveedor de búsqueda a desindexar contenidos que hubieran perdido relevancia para la población, bien por el transcurso del paso del tiempo, bien por su carácter de datos privados. Todavía de una forma muy tímida y sabiendo que “*não necessariamente significa na sua afirmação em casos posteriores*”³⁰⁷ podemos considerar que es el primer avance hacia una jurisprudencia similar a la europea sobre este tema.

El último informe número 0670 es bastante reciente, fechado a 22 de mayo de 2020. En él se analizan los límites del derecho al olvido de una persona condenada por un delito histórico y notorio y que ya había cumplido su condena. Se trata de la REsp 1.736.803-RJ, cuyo relator fue el magistrado Ricardo Villas Bôas Cueva, proceso que había sido juzgado por la Tercera Sala y decidido por unanimidad³⁰⁸.

En el caso en cuestión, cuando se analizó, la sentencia ya estaba extinta. El condenado había cometido un delito considerado notorio. Inicialmente, el informe hace consideraciones sobre la delimitación entre el derecho al olvido, los derechos de la personalidad, el derecho a la vida privada, el principio constitucional de la prohibición de las penas perpetuas, el derecho a la rehabilitación y el derecho a la reincorporación a la vida social *versus* la libertad de expresión del pensamiento, la prohibición a la censura previa, el interés público en cultivar la memoria colectiva, así como la libertad de expresión del pensamiento y la libertad de prensa, señalando que no se limita a los derechos de informar y buscar

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 171.

³⁰⁸ REsp 1.736.803-RJ, Min. Reportero Ricardo Villas Bôas Cueva, Tercer Panel, por unanimidad, juzgado el 28/04/2020, DJe 04/05/2020 .

información, sino que se extiende a otros como el derecho a la crítica y la opinión.

Las bases del conflicto de este abanico de derechos son, por un lado, los derechos de la personalidad y, por otro, la libertad de expresión. El informe recuerda que ambos no son derechos absolutos en el ordenamiento jurídico brasileño y que necesitan ser analizados caso por caso.

La clave para no aceptar la tesis del derecho al olvido radica en la historicidad del crimen, que hace que las noticias sobre el mismo sean actuales y siempre relevantes para la memoria colectiva. Así, al tratarse de un delito histórico, no es posible prohibir futuros artículos e informes sobre el tema, bajo peligro de caer en una censura previa. No obstante, en este caso o en otros, sigue siendo válida la posibilidad de indemnización por daños morales posteriores a la exhibición en los casos de abusos.

Dentro del mismo proceso, la autora informa de que tanto su marido como los hijos menores de edad fueron expuestos. El relator explica que no hay que debatir sobre el derecho al olvido, ya que las personas mencionadas no tuvieron participación ni vinculación alguna con el crimen, siendo injustamente expuestas únicamente por su parentesco con el autor del crimen.

De esta forma, el relator considera que hubo un atentado contra el principio de intransmisibilidad o personalidad de la pena, muy agravado tratándose de menores que merecen especial protección.

La primera justificación del derecho al olvido en Brasil se basó en la dignidad de la persona humana, principio rector del ordenamiento jurídico brasileño y requisito mínimo para la realización

de los derechos fundamentales. Del mismo modo, el derecho a la resocialización proveniente del Derecho Penal, representado por el caso *Chacina da Candelária*, siguió el mismo camino que los inicios del derecho al olvido en Europa. Sin embargo, cuando finalmente el Tribunal Superior de Justicia de Brasil tiene la oportunidad de discutir la desindexación de contenidos en el caso de la presentadora Xuxa, lo hace de forma totalmente insuficiente: por un lado, Google alega que no es posible realizar una desindexación y, por otro lado, el Tribunal entiende que no es responsable.

Pese a ello, poco después, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligó a Google a realizar la desindexación, y la empresa logró desarrollar una forma técnica de hacerlo.

Los argumentos utilizados por la Relatora del caso no resultan convincentes, ya que todos ellos se inclinan a probar la no responsabilidad de Google sin una mayor profundidad. Creemos que el caso en realidad no debió ser aceptado, ya que se trataba de una figura pública y de una obra de arte. Sin embargo, en este caso nuestra crítica se centra en la pérdida de la oportunidad de, al menos, iniciar debates sobre un derecho al olvido en la línea de desindexación de sitios web por motores de búsqueda.

El cambio en la posición del STJ brasileño sobre la responsabilidad legal de Google solamente vendría años después, necesitando incluso buscar apoyo en el derecho del consumidor para eso. El autor ya había logrado que el lugar de origen de la información borrara el contenido independientemente de la acción legal y orden judicial y solo había pedido que el buscador cumpliera con la simple obligación de retirar el enlace de la lista de búsqueda.

En otro caso³⁰⁹, para hacer frente a la exposición perpetua de la intimidad de una persona, la Justicia brasileña también necesitó basarse en la Ley del consumidor; si bien aquí no se estaba discutiendo sobre desindexación, sino de no estar expuesto a un sistema de deudores bajo ciertas circunstancias.

Presentamos dos casos seguidos en los que el Tribunal, para aprobar una tesis sobre el derecho al olvido, necesita apoyarse en el derecho del consumidor y no en argumentos derivados de la autodeterminación informativa o la protección de datos. Esto supone a nuestro juicio, una muestra de reticencia al avance y desarrollo de la institución que aquí estudiamos.

Cuando necesita responder sobre el caso de una candidata a concurso público acusada injustamente de fraude, el Tribunal brasileño razona exactamente tal y como entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-131/12 - *Google Spain*. Sin embargo, enfatiza fuertemente la necesidad de usar esta institución solo en casos excepcionales. Nuevamente parece que avanza, pero luego permanece en el mismo lugar.

Así consideramos que ha sido el derecho al olvido en Brasil: malinterpretado, mal aplicado, poco debatido y, como veremos más adelante, negado por la alta Corte Constitucional brasileña.

³⁰⁹ REsp 1.316.117-SC, Ponente para Min. João Otávio de Noronha, Ponente para juicio Min. Paulo de Tarso Sanseverino, juzgado el 26/04/2016, DJe 19/08/2016.

6.2 RECURSO EXTRAORDINARIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO: ANÁLISIS DEL VOTO DEL MAGISTRADO DIAS TOFFOLI

En febrero de 2021, el Supremo Tribunal Federal pone el caso de Aída Curi en la agenda, lo que trae consigo el cuestionamiento, en forma de Repercusión General, sobre la admisibilidad del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico brasileño.

Decidimos incorporar la interpretación de la Corte Brasileña por su importancia a nivel interno, siendo la última instancia de decisión; por su poder de influencia en relación con otros países latinoamericanos –considerando que tienen una historia, cultura y sistemas jurídicos similares– y, finalmente, como una forma de cierre –o crítica– a varios interrogantes abiertos a lo largo de este estudio.

La argumentación establece que los casos precedentes, si bien algunos autores los utilizan para justificar la existencia de un derecho al olvido, se valen de institutos jurídicos que en la actualidad están bastante difundidos, como la resocialización de los condenados y los derechos de la personalidad³¹⁰.

Se procede luego a analizar el Asunto C-131/12 - *Google Spain*, que ya ha sido expuesto en numerosas ocasiones a lo largo de este estudio. Sin embargo, destacamos aquí la posición del relator respecto a la diferencia entre desindexación y derecho al olvido.

Para él, el tema de la desindexación sería más amplio que el derecho al olvido, ya que puede haber numerosas razones para pedir

³¹⁰ STF, Pleno, RE 1.010.606/RJ, Min Dias Toffoli, DJ 2021-02-04. p. 12.

la desindexación de un contenido que no coincide con la pretensión al olvido³¹¹.

De hecho, es posible solicitar la desindexación de publicaciones ilícitas, como es el caso de obligar a un sitio web a eliminar cierto contenido, pero este ya se ha extendido por la red de tal manera que sería imposible exigir a todos los sitios web que eliminasen esa misma información. Reforzamos que el derecho al olvido está indisolublemente ligado al procedimiento de desindexación de contenidos por parte de los motores de búsqueda, siendo, esta, una herramienta para garantizar este derecho.

El relator pasa entonces a enfrentar la cuestión del concepto de derecho en debate. Admite que las aspiraciones del derecho al olvido pueden dividirse en "subtipos" teniendo en cuenta su objeto -hechos o datos- y los medios de comunicación -plataformas tradicionales como televisión, prensa y radio o virtuales³¹². Sin embargo, aun observando tales diferencias estructurales, decide considerar el tema en conjunto, como si no existieran ambivalencias, llegando al siguiente concepto:

(...) pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante³¹³.

³¹¹ *Ibidem*, p. 19.

³¹² *Ibidem*, p. 30

³¹³ *Ibidem*, p. 32.

El ponente identifica tres posiciones doctrinarias en relación con la existencia del derecho al olvido:

1. Existe un derecho fundamental explícito.
2. Existe un derecho fundamental implícito que se deriva de la dignidad de la persona humana o de la privacidad, sin excluir la posibilidad de que el Congreso Nacional restrinja o amplíe su apoyo objetivo (esta es la posición defendida por Sarlet y Ferreira Neto³¹⁴).
3. No existe como derecho fundamental autónomo. Sin embargo, sería posible identificarlo integrando el sustento objetivo de los derechos de la personalidad (art. 5, X, CF)³¹⁵.

En cuanto a la relación entre el derecho al olvido y los derechos a la personalidad/privacidad, el relator se pregunta: "¿es posible concebir un derecho que esté siempre encaminado a garantizar otro tipo de derechos (nombre, imagen, honor, resocialización, protección de datos)?³¹⁶"

A juicio del relator, existen una serie de legislaciones en el derecho brasileño que garantizan que el pasado no interfiera en el presente³¹⁷. Sin embargo, explica que tales dispositivos no tienen la facultad de ocultar una noticia publicada en el momento de los

³¹⁴ Vide SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Op. cit.**

³¹⁵ STF, Pleno, RE 1.010.606/RJ, Min Dias Toffoli, *Op. cit.*, p. 32.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

³¹⁷ Código de Protección al Consumidor (Artículo 43, §1, de la Ley nº 8078/90): Los registros negativos del consumidor no pueden permanecer pasados 5 años. Código Penal (arts. 93 a 95): La rehabilitación puede solicitarse transcurridos 2 años desde la extinción de la pena. Marco de Derechos Civiles de Internet (art. 7, X): Otorga al interesado el derecho a solicitar la supresión definitiva de los datos que haya facilitado a la plataforma de Internet una vez finalizada la relación contractual.

hechos de forma lícita, ni contemplan, ni siquiera con el presente elemento temporal, el derecho al olvido³¹⁸.

Establece asimismo que el paso del tiempo, aun siendo importante para la percepción humana de un hecho dado, no es, por sí solo, suficiente para transformar datos o información que antes eran legal en ilegal. Ciertamente solo tal requisito no tendría esta facultad, no siendo esto lo que propone el derecho al olvido³¹⁹. Evidentemente, el derecho al olvido necesita muchos más elementos para construir su concepto, el paso del tiempo es apenas uno de ellos.

El relator concluye el punto tercero de la sentencia asegurando que el elemento “paso del tiempo” no es capaz de “inducir el surgimiento de un deber social de perdón”. Tampoco podría, aunque fuera por ley, obligar a un ser humano a olvidar nada. No es posible que alguien tenga derecho a no ser confrontado por sus errores del pasado en detrimento del derecho a la información de los demás³²⁰. Concluye declarando que los derechos de la personalidad ya cuentan con suficiente respaldo constitucional y legal, no siendo necesario un nuevo derecho o asociación con el derecho al olvido para tener plena vigencia³²¹.

En el siguiente ítem, se analizan las novedades que trajo la Ley General de Protección de Datos, que preveía la terminación del tratamiento de datos (art. 16) y deliberadamente no legislaba sobre el derecho al olvido³²².

³¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 34.

³²⁰ STF, Pleno, RE 1.010.606/RJ, Min Dias Toffoli. *Op. Cit*, p. 42.

³²¹ *Ibidem*, p. 42.

³²² *Ibidem*, p. 42.

De tal forma, construye su argumento con el fin de consolidar la idea de que la LGPD es un avance en la protección de derechos. Sin embargo, en ningún momento existiría el derecho a la supresión de datos lícitos, y justifica tal afirmación con el artículo 4, punto II de la ley (prohibición de la aplicación de la LGPD a los datos recabados con fines exclusivamente periodísticos y artísticos)³²³. Y siguiendo su línea de razonamiento, se inclina por refutar los motivos de los partidarios del derecho al olvido, como si buscaran un retroceso en detrimento del avance de la LGPD.

He aquí una consideración de nuestra parte. Nos parece erróneo justificar la no apropiación del derecho al olvido digital (como la propuso el relator en ese momento del Acuerdo) con base en el artículo 4, punto II de la LGPD. Queda la impresión de que se refería al caso específico que dio origen al Recurso, cuyo sustrato se basó en un reportaje periodístico de un crimen difundido no en medios digitales, sino sólo en la televisión abierta nacional.

Si esta parte de su voto versaba sobre la ocultación de datos en un entorno digital, no hacía falta referirse a tal justificación como si las peticiones de desindexación y borrado de contenidos en el entorno digital fueran solo contra reportajes periodísticos o artísticos.

Además, no podemos estar de acuerdo con el argumento de que el derecho al olvido sería una especie de "insurgencia contra el nuevo orden"³²⁴ que buscaría "frenar el paisaje cambiante"³²⁵ de la sociedad de la información. Por el contrario, el derecho al olvido busca otorgar mayor autonomía al individuo sobre el control de sus datos personales frente al poder asimétrico de las grandes empresas

³²³ *Ibidem*, p. 47.

³²⁴ *Ibidem*, p. 47.

³²⁵ *Ibidem*, p. 47.

tecnológicas que, al fin y al cabo, son uno de los mayores poseedores de datos del mundo.

También afirma que la manifestación del pensamiento debe ceder en muy pocos casos, entre ellos para no alimentar el odio, la intolerancia y la desinformación³²⁶. Sin embargo, dejamos aquí una reflexión: ¿qué pasa si la información, aunque cierta, alimenta una animadversión extrema hacia el pasado de una persona que, hoy, ha cambiado en relación a hechos pasados, hasta el punto de incrementar el discurso de odio relacionado con ella? ¿No sería adecuado pensar en proteger al individuo de una posible oleada de cancelaciones digitales, un fenómeno plagado de discursos de odio que conduce a un castigo perpetuo para quien se equivocó?

El relator cierra el punto quinto de la votación, garantizando que al diferir la ocultación de datos y/o información personal veraz, la consecuencia sería “llevar a estar incompleta las noticias fidedignas, privando a sus destinatarios de conocer, en su totalidad, los elementos del contexto informado³²⁷”.

Nos seguimos preguntando: ¿y cuándo, erróneamente, las noticias que más se difunden son, precisamente, de la parte incompleta de la historia? ¿No estaría esto perjudicando la propagación de la verdad sobre la historia de la vida de ese individuo? Como ejemplo, tenemos casos en los que la noticia de la acusación de un delito queda entre los primeros enlaces del resultado de una búsqueda realizada en internet, y el enlace de la noticia de la sentencia que lo absuelve entre los últimos, generando así la permanente imagen a la persona de ser culpable de un delito que no cometió.

³²⁶ *Ibidem*, p. 52.

³²⁷ *Ibidem*, p. 53.

A continuación cita un estudio de un autor argentino en el que afirma que el derecho al olvido es incompatible con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos por su pasado reciente de dictaduras militares que sacrificaron, entre otros derechos fundamentales, el derecho a la libertad expresión de manera intensa³²⁸.

Es bastante contundente al afirmar que la provisión de un derecho al olvido debe estar previsto en la Ley "de manera oportuna, clarividente y sin anulación de la libertad de expresión", y también, no admitiendo su inserción en el ordenamiento jurídico brasileño, solo admisible por consideración judicial caso a caso³²⁹.

El voto del relator fue seguido por los magistrados Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio y Luiz Fux. No estuvo de acuerdo en parte, pero el magistrado Edson Fachin fue derrotado en las votaciones. El magistrado Luís Roberto Barroso no participó. La tesis seguida fue la siguiente:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as

³²⁸ BERTONI, Eduardo. *The right to be forgotten: an insult to Latin America History*. **The Huffington Post**, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.

³²⁹ STF, Pleno, RE 1.010.606/RJ, Min Dias Toffoli, *Op. Cit.*, pág. 60.

*expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível*³³⁰.

El derecho al olvido, tal y como exige el STF en este caso concreto, se distancia mucho de los contornos que este derecho toma en territorio europeo y, en particular, en España.

De entrada, es importante entender que el primer caso que dio nombre al propio término derecho al olvido ya estaba en el ámbito de internet. Nos referimos al famoso Asunto C-131/12 - *Google Spain*, donde ya se hablaba de forma expresa de desindexación.

Con la edición del RGPD en 2016, el artículo 17 prevé el derecho a la supresión de datos y recoge entre paréntesis el término “derecho al olvido”. El artículo regula la extensión del derecho, previendo posibilidades y prohibiciones, con especial énfasis en el ejercicio de la libertad de expresión e información.

Para ello, es interesante analizar la nueva Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales de diciembre de 2018. El artículo 93 de esta norma se titula “Derecho al olvido en Búsquedas en Internet” y se ocupa específicamente de la desindexación. Determina que el contenido se mantendrá en las páginas originales y desindexadas de los motores de búsqueda cuando los datos fueran considerados “inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.”

³³⁰ *Ibidem.* p. 62.

Destacamos pues, que el paso del tiempo, tan analizado en el caso brasileño, es sólo uno de los requisitos establecidos aquí.

En el artículo 94, “Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes”, se abarca la supresión de los datos que hayan sido facilitados por el titular a redes sociales equivalentes y servicios de la sociedad de la información. En esta ocasión, el relator del caso brasileño afirma que no existe un núcleo de derechos innovadores. Tal vez sea más coherente debatir el hecho de que el mundo de los derechos tradicionales previsto en la Constitución ya no existe. El poder de una gran empresa tecnológica como Google va mucho más allá de la idea de un simple buscador de información. Google crea una imagen social ante el mundo: es ella la que dice quiénes somos.

El derecho al olvido, visto como desindexación, no es una “*insurgência à nova ordem*”. Por el contrario, consideramos que es una regulación de una nueva orden. La desindexación no deja “historias incompletas”: al revés, quien busque podrá encontrar fácilmente la información correcta y actual sobre una persona en particular. Imagínense a alguien que es acusado de un crimen. Es muy común que la noticia de la acusación esté entre los primeros enlaces disponibles y la noticia de la sentencia que lo absuelve sea la última, o incluso no exista.

Respecto a la ponderación del derecho al olvido con la libertad de expresión, la jurisprudencia y las leyes europeas lo sitúan en primer lugar. Esto se debe a que, tanto Brasil como en Europa, tenemos un pasado de gobiernos dictatoriales. Sin mencionar la amenaza constante en todo el mundo de grupos radicales que predicán la caída de la democracia y desafían los valores constitucionales.

Sarlet entiende que el Tribunal Supremo eliminó el título más que la existencia y el contenido propiamente dicho. Alertó que el derecho al olvido no fue negado por unanimidad, sino que no fue aceptado en la medida en que fue negado previamente por el STJ. Para él, todavía hay un espacio abierto para que el propio STF revise su posición y reconozca un derecho a la desindexación³³¹.

Citando también a Balaguer, la Constitución normativa se hizo para un mundo analógico que ya no existe. Por ello, pensar en una Constitución del algoritmo es pensar en una Constitución con potestad para defender al ciudadano de un mundo que se vive en lo virtual, pero que no por eso, es menos real³³².

El derecho al olvido viene a ser pues, un ejemplo de la necesidad de adecuar y modernizar el ordenamiento jurídico con la intención no de negar un cambio en la realidad, sino de hacer efectivos los valores constitucionales defendidos por países con ordenamientos jurídicos y valores constitucionales similares, tales como España en Europa y Brasil en Latinoamérica.

³³¹ Ponencia de Ingo Sarlet en la conferencia titulada "Liberdade de Expressão e de Informação e o assim chamado direito ao esquecimento - o caso brasileiro", II Congreso Internacional: (modalidad híbrida), Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital, Granada, a 1 de febrero de 2022.

³³² Ponencia de Francisco Balaguer Callejón en la conferencia titulada "La constitución del algoritmo y el constitucionalismo digital", II Congreso Internacional: (modalidad híbrida), Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital, Granada, a 1 de febrero de 2022.

7 CONCLUSIONES

El estudio que aquí se presenta tiene como principal objetivo contribuir a la construcción dogmática del derecho al olvido, apoyándose en precedentes de diferentes ordenamientos jurídicos - principalmente de la Unión Europea- que, por sus similitudes en principios, derechos fundamentales y estructuras constitucionales, pudieron definir un modelo aplicable, a Brasil por su tradición jurídica similar.

El derecho al olvido, así como el derecho a la protección de datos y el derecho a la autodeterminación informativa, surgen de supuestos no vinculados a la red, sin embargo, es en este ámbito donde adquieren contornos destacados, preocupantes y donde más difíciles son de controlar por los Estados de manera aisladas. Así, el camino seguido fue el estudio y análisis de la experiencia de la Unión Europea como un organismo supranacional complejo que se ocupa de la armonización de diferentes ordenamientos jurídicos.

Tuvimos como referencia teórica constante a Peter Häberle y su teoría del Estado Constitucional Cooperativo, que plantea que el espacio público en un ámbito internacional ya existe, con interacciones entre sociedades, redes de datos, debates políticos, y que el Estado debe inclinarse hacia más cooperación, principalmente en el campo de la defensa de los derechos humanos y fundamentales, ya que en el contexto de la globalización ya no puede desarrollar sus funciones constitucionales como antes.

Las lecciones de Zygmunt Bauman sobre los efectos negativos de la globalización, la crisis del Estado-Nación como institución

aislada y absolutamente soberana, sirvieron también como base para estructurar el estudio.

Francisco Balaguer Callejón también fue importante para comprender el déficit del Estado en la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la globalización y de la aparición de las grandes empresas tecnológicas. Plantea que, en un primer momento, la globalización debilita el poder de las Constituciones cuando, en tiempos de crisis económica, no pueden imponer su protección a los ciudadanos contra la voluntad de elementos externos, denominando a este fenómeno de externalización del poder social. Presenta un segundo fenómeno: la internalización del poder de los grandes agentes globales. Esto, a su vez, tiene como gran potenciador a las empresas tecnológicas que inciden no solo en materia económica, que de por sí sería bastante costosa, sino sobre todo en elementos muy caros al constitucionalismo como la democracia, el control del poder y los derechos fundamentales, como los derechos a la intimidad y el derecho al olvido.

La teoría de una “constitución del algoritmo” del mismo autor también nos ha guiado a lo largo del estudio para comprender la importancia de avanzar en los debates sobre una normativa que se moderniza a la velocidad de la tecnología para defender los derechos fundamentales constitucionales tradicionales y otros nuevos que surgen.

En el primer capítulo presentamos dichas bases doctrinales y concluimos que estamos ante una sociedad muy diferente a aquella en la que se desarrollaron las constituciones modernas (como ejemplo la española de 1978, la portuguesa de 1976 y la brasileña de 1988). También notamos que el aislamiento social forzado que

comenzó en marzo de 2020 aceleró en gran medida el uso de internet, lo que obligó a un número mucho mayor a depender de dispositivos como *smartphones* conectados a Internet para las necesidades básicas de la vida, como compras, banco, comunicación familiar, etc. Como resultado, la transferencia de datos personales se ha incrementado y también los problemas relacionados con la protección de datos.

Otro punto que demuestra la urgencia de abordar la protección de datos, la autodeterminación informativa, la privacidad, la intimidad, el derecho a la supresión de datos y el derecho al olvido son los problemas actuales ocasionados por las *Fake News*, el discurso de odio o la política de *cancelación* en internet, que afectan directamente a las democracias, y con ellas, a los valores constitucionales.

La crisis económica evidenció que el Estado-Nación es incapaz de hacer frente a las interferencias de los agentes globales por sí solo, dejando claro que organizaciones como la Unión Europea están mejor equipadas para hacerlo. La segunda crisis -derivada de internet- provocó reacciones de organismos internacionales, regionales y supranacionales que hasta entonces venían funcionando satisfactoriamente. Sin embargo, en lo que podemos nombrar aquí como una tercera crisis -la crisis del Covid-19 con necesidad absoluta de uso ilimitado de internet por el aislamiento social- no hemos encontrado en la historia parámetros de comparación, ni mecanismos preparados para atender la urgencia creada por este aislamiento social.

Para ello, argumentamos que es necesario incrementar el debate sobre las posibles soluciones a esta nueva configuración en

la que vivimos, es una cuestión de supervivencia de nuestros propios valores constitucionales.

En un segundo momento de esta investigación que ahora hemos concluido, trazamos un hilo histórico referente a todo aquello que precedió al derecho al olvido. Demostramos las bases sobre las que se ha sustentado este derecho para que emerja frente a tantos nuevos derechos propuestos dentro del escenario presentado en el primer apartado. Optamos por centrarnos en el ámbito europeo, partiendo del Consejo de Europa, algunas normativas estatales y casos célebres que iniciaron el debate.

Hemos concluido que la dimensión que ha tomado el derecho a la protección de datos en los debates alrededor del mundo, especialmente en Europa, justifica un estudio más acertado del mismo. Es más notable porque involucra el interés comercial de las grandes multinacionales tecnológicas y la necesidad de adaptarlas a altos estándares de defensa de los derechos humanos.

El Consejo de Europa fue clave en el desarrollo de la legislación de protección de datos. Ya el Convenio 108, publicado en la década de 1980, recogió los preceptos de protección de datos utilizados en la actualidad: finalidad del tratamiento, minimización del reconocimiento de datos, consentimiento de datos personales, oposición al tratamiento y cancelación. Su actualización, publicada en 2018, no decepciona y desarrolla ampliamente los requisitos del Acuerdo anterior.

Observamos que las normas no vinculantes del Consejo de Europa, por su mayor flexibilidad, al ser adoptadas por su característica de instrumentos de *soft law*, siguen más adecuadamente la velocidad necesaria para enfrentar las

interferencias de la tecnología en la vida cotidiana. Sin embargo, no son menos importantes desde el punto de vista doctrinal, ya que la tendencia es que, en mayor o menor medida, se integren en los ordenamientos jurídicos estatales y supranacionales y se conviertan también en normas vinculantes.

Concluimos que incluso la autodeterminación informativa es un concepto más adecuado para sustentar el derecho, aunque el derecho a la protección de datos, por la profundidad de los debates, la cantidad de normativas ya vigentes en todo el mundo, incluso culminando con su publicación en el RGPD, cobra igual importancia para justificar la existencia del derecho aquí estudiado.

La Unión Europea, por otro lado, es el terreno más fértil en lo que respecta al derecho al olvido. El primer caso que confirmó la existencia de este derecho como derecho autónomo e independiente fue juzgado por el TJUE. El reconocimiento jurisprudencial de que los motores de búsqueda son "procesadores o distribuidores de datos" y su clasificación como "responsables" fue la primera declaración importante del Tribunal sobre el tema. El primer Reglamento (vinculante por naturaleza) que establece el derecho al olvido también proviene de esta organización supranacional.

Las principales cuestiones prejudiciales que envían los órganos judiciales de los Estados miembros al TJUE sobre la responsabilidad de los buscadores ante la desindexación, casi nunca, cuando se habla del derecho al olvido, se plantean en relación con la eliminación de datos personales. El modelo encontrado por la UE para dar respuesta al problema, al menos hasta ahora, era permitir a los a los buscadores, como entidades privadas, desindexar o no los contenidos a petición de los particulares.

Sin embargo, cuando se deniega la desindexación, el titular de los datos podrá reclamar ante una agencia de control o a la Justicia. Pero, cuando se produzca la desindexación por parte del motor de busca (Google por ejemplo) y con ello la satisfacción de la solicitud del individuo, lo más probable es que este evento no sea controlado por instancias públicas.

Este es un punto que criticamos en varias partes a lo largo del estudio. La administración pública, así como la Justicia, deben intervenir en este proceso, ya sea juzgando qué contenidos deben ser desindexados, o auditando los motores de búsqueda después de decisiones positivas de desindexación. El no asumir esta tarea hiere frontalmente la propia forma en que estamos acostumbrados a defender los valores constitucionales mediante la ponderación entre los derechos fundamentales.

Después de analizar la jurisprudencia del TJUE, comprendemos que, para juzgar una solicitud de desindexación, es necesario que se considere si, al eliminar el vínculo entre los datos personales de un individuo (nombre, apodo, foto, número de documentos, etc.) aún será posible vislumbrar los hechos, o si la exclusión de este vínculo vulnera otros derechos fundamentales como el derecho a ser informado y a informar.

No obstante, además, es necesario analizar si las noticias siguen siendo de interés para la sociedad o, dado el anonimato del individuo, los hechos no históricos y demás requisitos previstos en el artículo 17 del RGPD, resulta más conveniente conceder el derecho al olvido, so pena de mantener en manos de la población en general la facultad de realizar búsquedas ilimitadas sobre la intimidad de una persona, por tiempo indefinido, al alcance de un clic.

En cuanto a la extensión geográfica del alcance de las decisiones del TJUE, a nuestro juicio, el Tribunal acabó dejando abiertas varias posibilidades para que los órganos de control y el poder judicial de cada Estado-miembro hicieran su propia ponderación. Al final no se posicionó enérgicamente sobre la posibilidad de desindexación de contenidos fuera de las fronteras de la U.E. Sin embargo, no hemos encontrado ningún Tribunal u órgano de control nacional que haya pronunciado una decisión así, hasta el momento.

Sería, en nuestra opinión, una decisión irrazonable. Por mucho que, desde un punto de vista práctico, no desindexar fuera de la UE puede dar lugar a situaciones de desprotección al ciudadano europeo; desindexar, obligando a una empresa de tecnología a hacer juicios de valor –como sobre el concepto de censura y privacidad– acaba siendo peligroso, incluso, en relación al principio de no injerencia en los asuntos internos del derecho internacional.

Es necesario entender la dificultad de establecer límites teniendo en cuenta el avance de la tecnología, por más que el Derecho busque mecanismos para proteger al individuo. No hay manera de garantizar que no habrá formas, incluso dentro del propio territorio de la UE, de incumplir estos derechos sin que los órganos de control se den cuenta.

La propuesta que aquí se presenta es la de una legislación y doctrina de protección con hipótesis y límites bien definidos, lo que puede resultar útil si se aplica en Brasil.

Desde el punto de vista legislativo, la mayor contribución hasta la fecha fue la aprobación del RGPD, de carácter vinculante y

otorgando tal característica al derecho al olvido. Lo que todavía no ha sido hecho en Brasil con su Ley General de Protección de Datos.

Unificar la comprensión de cómo debe aplicarse el derecho al olvido en los 27 Estados miembros actuales y vincularlo a importantes principios de protección de datos ya existentes como el "consentimiento al tratamiento", justificaba una interpretación más amplia de la responsabilidad de los motores de búsqueda frente a la necesidad de suprimir y desindexar datos personales.

Por ser el primer instrumento que vincula a los Estados con diferentes ordenamientos jurídicos en la materia y protección de datos, es interesante que observemos la forma en que se aplicó el instrumento del derecho al olvido. Lo mismo se afirmó en el artículo 17 del RGPD.

La propuesta de RGPD de 2012 utilizaba expresamente la denominación "derecho al olvido". Sin embargo, en la versión final del Reglamento realizada en 2016, el derecho al olvido queda reducido a una expresión entre paréntesis. Esto no quiere decir que deje de existir y de aplicarse, no obstante, creemos que, al menos políticamente, transmite el mensaje de que la Unión Europea aún no estaba del todo preparada para defender este derecho con toda su idiosincrasia.

El artículo 17 es bastante adecuado para el derecho a la supresión de datos, ya que armoniza con los principios del RGPD y explica las posibilidades y límites. Sin embargo, cuando tratamos de aplicarlo en una hipótesis del derecho al olvido como desindexación, plantea una serie de dudas.

En primer lugar, porque entendemos que hay una diferencia entre suprimir y desindexar, que no está explícita en el ordenamiento. Con todo, destacamos que la desindexación es más amplia que la supresión. Suprimir es en realidad borrar datos de un archivo, ya sea digital o físico; y la desindexación se ocupa de eliminar -o incluso reorganizar- los enlaces que se ofrecen al público. Así la información que se ajusta a las hipótesis anteriores ya no aparece en las búsquedas realizadas desde los motores de búsqueda, aunque la información se borrase de un lugar y se hubiera multiplicado. Además, en el caso de datos que no hayan sido o no puedan ser suprimidos o borrados del lugar de origen, se seguirá preservando el acceso a la información cuando se busquen términos de búsqueda distintos a una investigación genérica basada únicamente en los datos personales de un individuo.

Así, cuando la información pierde su actualidad, y dentro de un equilibrio entre el derecho a la autodeterminación informativa, la privacidad, la intimidad y la protección de datos personales *versus* el derecho a la libertad de prensa, expresión e información, debe decidirse por la desindexación siempre que los daños sean mayores para el sujeto de los datos.

De esta forma, concluimos que el artículo 17 del RGPD es innovador e importante para la legislación. Pese a ello, si esta diferenciación ya se hubiese realizado en las sedes europeas, daría más unidad en la interpretación y aplicación del mismo.

La principal dificultad para conceptualizar el derecho al olvido es la confusión con derechos similares, con los que fundamenta directa o tangencialmente, y también, la resistencia doctrinal y jurisprudencial a aceptar un nuevo derecho, lo cual es necesario, ya

que las relaciones y actividades sociales ya no tienen lugar exclusivamente en un entorno no virtual. Es urgente debatir las nuevas conformaciones sociales con el objetivo de defender de manera efectiva los derechos fundamentales que se desarrollaron en un mundo totalmente diferente al que vivimos actualmente.

La privacidad no es un instituto suficiente para llenar los vacíos en el mundo de la protección de datos, especialmente el digital. Actualmente, desde nuestro punto de vista, la falta de privacidad eternizada por internet requiere más de lo que el derecho a la privacidad puede otorgar.

La autodeterminación informativa es el derecho de los ciudadanos a exponer al mundo los datos personales que les interesan. Es el más adecuado para sustentar el derecho al olvido. Cuando un motor de búsqueda, a través de sus algoritmos, forma un perfil de alguien, es una de las formas de salir del control de los titulares de datos para determinar la imagen social que quieren presentar a la sociedad Y el control de los datos personales por parte de cada ciudadano es uno de los principales preceptos del RGPD.

El daño al proyecto de vida es otro derecho citado en la fundamentación del derecho al olvido. Desde nuestro punto de vista, creemos que el daño al proyecto de vida es complementario al derecho al olvido. El olvido protege contra el daño al proyecto de vida en la medida en que evita que el daño se prolongue indefinidamente, e incluso lo impide, en el supuesto en que sea solicitado antes de que el hecho se vuelva a publicar.

El derecho al olvido está protegido dentro de derechos más amplios como la autodeterminación informativa y el derecho al libre

desarrollo de la personalidad, pero también en el derecho a la protección de datos.

Cuando se niega la importancia del derecho a la protección de datos para el desarrollo del derecho al olvido tal y como lo encontramos hoy en día, se está dando la espalda a la vertiente digital del mismo que, a nuestro juicio, es la más adecuada, ya que fue el RGPD de la Unión Europea el que lo aprobó y delimitó sus límites, y, para los casos que no involucraban a la sociedad de la información, con el crecimiento de internet, bastaba con la legislación existente.

Los límites del derecho al olvido son muy claros³³³. No hay más espacio para plantear dudas sobre aspectos tan expuestos en las normativas. Por otro lado, la clave para diferenciar el derecho al olvido de cualquier otro instituto y defender su aplicabilidad radica en el cambio de paradigma que las grandes empresas tecnológicas - especialmente Google- han tenido en los últimos años. Con ello, dejamos claro, una vez más, que defendemos que se separe el derecho al olvido del derecho a la supresión de datos, dejándolo específicamente para la desindexación.

Desindexar contenidos no hace que la información deje de existir, ya que la información continuará en la página que la publicó. Reorganizar los enlaces para que el estado actual de un individuo aparezca entre los primeros resultados no priva a la sociedad de

³³³ En primer lugar, en ningún caso es necesario borrar o desindexar información de personas públicas, ni de hechos históricos, ni siquiera de interés para la población en general. En segundo lugar, se requiere que la información haya perdido su significado y utilidad para el público en general. Sólo conserva, en casos específicos, la posibilidad de reposicionar, es decir, sacar del lugar de mayor visibilidad, cierta información sobre un individuo anónimo que pretende conservar su imagen social actual. Dejar en el pasado aquello que si no fuera por la tecnología, ya no se recordaría.

tener acceso a la información, ni a la prensa de expresarse o informar. Ambos casos solo protegen a los ciudadanos en cuanto a sus derechos de la personalidad, por lo que, ante la interferencia tecnológica, la información de su pasado puede quedar donde debe estar, es decir, en el pasado.

Si el interés está en una noticia, una información, un crimen o una historia; siempre se podrá tener acceso cuando se ingresen en el buscador otros términos relacionados con lo que se busca. Sin embargo, lo que cuestionamos es el derecho de cualquier persona a realizar una búsqueda aleatoria sobre otra, solo con la intención de conocer tanta información como sea posible sobre su vida.

Nos gustaría marcar nuestro punto de vista en medio de la diferencia entre desindexar y borrar o suprimir. Borrar –hacer que deje de existir definitivamente– la información que había sido publicada lícitamente requiere un examen más detenido de las exigencias del artículo 17 del RGPD y, sobre todo, de la injerencia de los órganos públicos de control o de la Justicia. La desindexación, que en nuestra opinión es el aspecto más importante en la defensa del derecho al olvido, consiste en eliminar, a petición del interesado, los enlaces que se remontan a cierta información desacreditadora de su pasado que ya no tienen sentido que aparezcan al insertar su nombre en un motor de búsqueda.

También defendemos, en este caso, la intervención de los órganos públicos de control o de la Justicia, aunque sea *a posteriori* como una forma de auditar las decisiones de las empresas privadas.

Nuestra posición es clara en relación a la aplicación del RGPD respecto las personas fallecidas cuando hablamos de datos personales tratados informáticamente. Debido a varias

construcciones doctrinales, y sobre todo, inspirados en la nueva LOPD española de diciembre de 2018 y reforzando nuestra argumentación con las recientes publicaciones de Cartas Digitales de Portugal y España, afirmamos que no solo el derecho a la protección de datos es plenamente aplicable, sino también el derecho al olvido *post mortem*.

Es por ello que deben respetarse las limitaciones ya previstas para las personas vivas y añadirse las peculiaridades en relación con los derechos personalísimos de las personas fallecidas.

En Brasil, el debate comenzó correctamente, vinculando el derecho al olvido a la dignidad de la persona humana y la sociedad de la información. Posteriormente, se inclina hacia la comprensión de la resocialización como uno de los fundamentos del instituto en análisis, siguiendo el mismo camino que los inicios del derecho al olvido en Europa. Sin embargo, cuando el Tribunal Superior de Justicia de Brasil es cuestionado sobre la desindexación, no solo retrocede, sino que pierde la oportunidad de discutir el asunto en profundidad.

Por un lado, Google alegaba que no era posible realizar una desindexación y el Tribunal entiende que no era responsable exigirla.

Pese a ello, poco después, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligó a Google a realizar la desindexación, y la empresa logró desarrollar una forma técnica de hacerlo.

Hay otros dos casos en los que el Superior Tribunal de Justicia brasileño, para aprobar una tesis sobre el derecho al olvido, necesita apoyarse en el derecho del consumidor y no en argumentos derivados de derechos constitucionales como el derecho a la

autodeterminación informativa o la protección de datos, como pudimos observar en nuestros estudios con fuente en el Consejo de Europa, Unión Europea y jurisprudencias de países europeos, en especial españolas. De esta forma, el recorrido histórico que hace Brasil, así como el caso analizado por el STF, son substancialmente diferentes de las fuentes europeas.

Esto supone a nuestro juicio, una muestra de reticencia al avance y desarrollo de la institución que aquí estudiamos.

El único caso hasta la fecha en que ha aprobado una desindexación siguiendo la línea del TJUE, estuvo acompañado de numerosas recomendaciones para utilizar dicho instituto solo en casos excepcionales y bajo la supervisión del poder judicial. Vale recordar que este caso ocurrió antes del pronunciamiento del STF que consideró el derecho al olvido como inconstitucional. Nuevamente parece que avanza, pero luego permanece en el mismo lugar.

Así consideramos que ha sido el derecho al olvido en Brasil: malinterpretado, mal aplicado, poco debatido y negado por la alta Corte Constitucional brasileña, el Supremo Tribunal Federal.

O sea, el derecho al olvido, tal y como exige el STF en este caso concreto, se distancia mucho de los contornos que este derecho toma en territorio europeo y, en particular, en España. Pues debatió un caso que no expresa bien lo que se entiende, en la jurisprudencia y doctrina más moderna, por derecho al olvido.

Por ejemplo, en el Asunto C-131/12 - *Google Spain* (resolución en 2014) ya se trataba de la desindexación. La nueva Ley española de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales de

diciembre de 2018, en el artículo 93 que se titula “Derecho al olvido en Búsquedas en Internet” se ocupa específicamente de la desindexación. Y hay ilimitadas doctrinas europeas, y sobre todo españolas, que traten sobre el tema en cuanto derecho a desindexación.

En esta ocasión, el Relator del caso brasileño afirmó que no existe un núcleo de derechos innovadores. Tal vez sea más coherente debatir el hecho de que el mundo de los derechos tradicionales previsto en la Constitución ya no existe. El poder de una gran empresa tecnológica como Google va mucho más allá de la idea de un simple buscador de información. Google crea una imagen social ante el mundo: es ella la que dice quiénes somos.

El derecho al olvido, visto como desindexación, no es una “*insurgencia à nova orden*”. Por el contrario, consideramos que es una regulación de una nueva orden. El derecho al olvido busca otorgar mayor autonomía al individuo sobre el control de sus datos personales frente al poder asimétrico de las grandes empresas tecnológicas que, al fin y al cabo, son uno de los mayores poseedores de datos del mundo.

La desindexación no deja “*historias incompletas*”: al revés, quien busque podrá encontrar fácilmente la información correcta y actual sobre una persona en particular. Imagínense a alguien que es acusado de un crimen. Es muy común que la noticia de la acusación esté entre los primeros enlaces disponibles y la noticia de la sentencia que lo absuelve sea la última, o incluso no exista.

El Tribunal brasileño defiende que la manifestación del pensamiento debe ceder en muy pocos casos, entre ellos para no alimentar el odio, la intolerancia y la desinformación

Respecto a la ponderación del derecho al olvido con la libertad de expresión, la jurisprudencia y las leyes europeas lo sitúan en primer lugar. Esto se debe a que, tanto Brasil como en Europa, tenemos un pasado de gobiernos dictatoriales. Sin mencionar la amenaza constante en todo el mundo de grupos radicales que predicán la caída de la democracia y desafían los valores constitucionales.

Como conclusión de este estudio tan desafiante, dada la constante actualización del tema y la velocidad con que la tecnología se desarrolla, nos vemos obligados, no sólo a comprender, sino también a buscar instrumentos para defender los derechos que una vez fueron creados, en un mundo en el que no había internet, o aún se estaba desarrollando.

Argumentamos que el derecho al olvido es un derecho fundamental y autónomo basado en el derecho a la autodeterminación informativa, pero también, igual de importante, se basa en la protección de datos por su carácter eminentemente digital.

Lo definimos como el derecho que tiene un individuo de interconectarse a través de diversas aplicaciones disponibles en internet, sin tener que renunciar a sus derechos como se mencionó anteriormente y también el derecho a desarrollar un proyecto de vida.

Los límites impuestos al derecho a la supresión de datos (art. 17, RGPD) como su no aplicación a personas públicas, hechos históricos, etc., pueden y deben aplicarse al derecho al olvido como aquí proponemos, separándolos en dos diferentes institutos, también en Brasil. Quedando el derecho de supresión de datos para el borrado real y definitivo, y ahí es donde encajan perfectamente los datos incluidos en ficheros físicos, y el derecho de desindexación

para otros casos y refiriéndose únicamente a los datos disponibles en internet.

El constitucionalismo tal y como nació en el Estado moderno ya no tiene espacio en el mundo en que vivimos. O avanza hacia la normalización de nuevos derechos vividos exclusivamente en la red, como proponemos en este trabajo, o acabará desfasado frente a las grandes empresas tecnológicas que tienen poco o ningún interés en defender los derechos fundamentales.

El mismo pensamiento se aplica al caso brasileño. Aunque de la forma propuesta por el Tribunal de Justicia de Brasil, el STF no ha confirmado su adecuación a la Constitución, de modo que lo que propusimos en este estudio se puede aceptar e implementar. Dejando el derecho de supresión a las normas existentes como el Marco Civil de la Internet y la LGPD, y regulando el derecho al olvido como un derecho a desindexar contenidos en los buscadores.

Partiendo de derechos ya reconocidos por dicho Tribunal como derechos constitucionales, tales como la autodeterminación informativa y la protección de datos, y reconociéndolo como un derecho fundamental autónomo e independiente, el ordenamiento jurídico brasileño se acercará a las jurisprudencias, normas y doctrinas más modernas del mundo, preservando así la plena capacidad del Estado brasileño en participar, directa o indirectamente, en el mercado de transferencia internacional de datos personales.

La recepción del derecho al olvido ha sido deficitaria en Brasil debido a que los pronunciamientos jurisprudenciales que lo abordaron iban referidos a casos que no tenían que ver con internet sino con el medio televisivo.

Lo que propusimos con la Tesis permitirá aportar un modelo coherente con las condiciones de Internet y la jurisprudencia europea y española en particular, que pueda ser útil para avanzar en la construcción del derecho al olvido en Brasil.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo; BATUECAS CALETRÍO, Alfredo, En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información, Granada, Editorial Comares S.L., 2015.

AZURMENDI, A., "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", Revista de Derecho Político, número 92, enero-abril 2015.

B NEUBURGER, Alicia. Análisis del caso María Elena Loayza Tamayo contra Perú. Verdad, justicia y reparación. Intituto Interamericano de Derechos Humanos. 10 de enero de 2011, p. 1. Disponible: en <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/verdad-justicia-y-reparacion/1652-analisis-del-caso-maria-elena-loayza-tamayo-contra-peru/file> Último acceso 16 de agosto de 2018.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. *En*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. Revista de derecho constitucional europeo, n. 30, 2018.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto. Walter Claudius Rothenburg (Organizador) Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet, Editora Thoth, Londrina, 2021.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020.

BARTOLINI, Cesare, SIRY, Lawrence, “The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject”, en Computer Law & Security Review, número 32, 2016.

BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Traduzido por Marcus Penchel. ZAHAR, Rio de Janeiro, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilancia líquida*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2014.

BECK, U. *O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Traduzido por André Carone. Paz e Terra, São Paulo, 1999.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. El derecho a la supresión de datos o el derecho al olvido: Análisis del artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos. En: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). El nuevo marco normativo derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, SA 2018. Cap6.

BOIX PALOP, ANDRÉS. 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, v. 38, n. 3, 2015.

BOWCOTT, OWEN. GIBBS, SAMUEL. "UK considers internet ombudsman to deal with abuse complaints". En The Guardian. Publicado em 22 de agosto de 2017. Disponível en <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/22/uk-considers-internet-ombudsman-to-deal-with-abuse-complaints>. Último acesso 05 de novembro de 2018.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acceso el: 24 oct. 2017. pág. 39.

COSTA HERNANDES, Raúl. Responsabilidad del responsable del tratamiento (art 24). En: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). El nuevo marco regulatório derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap 10.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, p. 411-435, 2018.

D. J. Glancy, "The Invention of the Right to Privacy", Arizona Law Review, Vol. 21, No. 1, 1979.

DA LUZ, Pedro Henrique Machado; LOUREIRO, Maria Fernanda Battaglin. Privacidade e proteção de dados pessoais: Os

novos desafios na sociedade em rede. Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 13, n. 1, 2018.

DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; MACIEL, Marlea Nobre Costa. Direito ao esquecimento: Na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2018.

DE MIGUEL ASENSIO, P., Derecho Privado de Internet, oc., en cita, similar, de REIDENBERG, JR, “Resolver Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace ”, en Stanford Law Revisión, 52 (2000) 1351-1370.

DE OLIVA, Afonso Carvalho; CUNHA, E. CRUZ; MARCO, A. R. Um Estudo do Caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316. 921): o direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça. En: Trabajo publicado em el I Congreso Internacional de Derechos da Personalidade–UniCesumar, Maringá/PR. 2014.

DEL BIANCO, Nelia Rodrigues; BARBOSA, Marcelo Mendes. O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei. Revista Eptic Online, v. 17, n. 1, p. 5-19, 2015.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES, v. 5, n. 2, p. 41-57, 2017. Pg 15 e 21.

FERRAJOLI. L. “Pasado y futuro del estado de derecho.” RIFP, Núm. 17, 2001.

FERREIRA, VANESSA ALVES DA. FONSECA E SÁ, MARIA IRENE DA. “Big Data: estudo de casos”. En: A Ciência Aberta o contributo da Ciência da Informação. Atas do VIII Encontro Ibérico EDICIC. Universidade de Coimbra, 20 a 22 de novembro de 2017.

Pags 21 – 34. <http://sci.uc.pt/eventos/atas/edific2017.pdf>. Último acceso 05 de novembro de 2018.

FLAHERTY, David H. 1989. *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

FREUD, S. *Compêndio da psicanálise*. L e PM editores. Edição de 2015.

FROSSINI, Vittorio. El horizonte jurídico de internet. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 28, p. 9, 2017.

FUSTER, Gloria González. *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*. Springer Science & Business, 2014.

G. GÓMEZ, Rosario. Protección de Datos multa a Facebook con 1,2 millones por usar información sin permiso. *El País*. Madrid. Setembro, 2017. Disponível en: https://elpais.com/tecnologia/2017/09/11/actualidad/1505120569_465734.html. Último acceso em 29/12/2018.

GARCIA MEXÍA, Pablo. PERETE RAMÍREZ, Carmen. Internet y el Reglamento General de Protección de Datos. En: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). *El nuevo marco regulatório derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017*. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap5, p. 173-193.

GASCÓN MACÉN, Ana. et al. *El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de*

legislación digital europea. Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 13, n. 2, p. 209-232, 2021.

GUASCH PORTAS, VICENTE. LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012.

GUERRERO PICÓ, María del Carmen. El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. 2004. Tesis doctoral. Universidad de Granada.

GUESS, ANDREW; NYHAN, BRENDAN; REIFLER, JASON. “*Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 U.S. presidential campaign.*” 2018. Disponible en <http://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-2016.pdf>. Último acceso 03 de noviembre de 2018.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, PILAR. Dignidad y reputación de las personas fallecidas: la tutela civil de la memoria de los difuntos. Derechos y obligaciones en el estado de derecho. Actas del III Coloquio binacional México-España. Olviedo, 2016.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo, RENOVAR. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, 2007.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Fondo Editorial PUCP, 2003.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Editora Companhia das Letras, 2016.

HEREDERO CAMPO, María Teresa. Evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad. En: En

torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información. Comares, 2015. p. 69-103.

HONDIUS, Frits W. 1978. The Council of Europe's work in the area of computers and privacy (Discussion paper for the round table on the use of data processing for parliamentary work, Strasbourg, 18–19 May 1978). Strasbourg: Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

JARDIM, José Maria. A Lei de acesso à informação pública. Tendências da pesquisa brasileira em ciência da informação, v. 5, n. 1, 2012.

JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. El conflicto entre el derecho al olvido digital del pasado penal y las libertades informativas: las hemerotecas digitales. (A propósito de la STC de 4 de junio de 2018 y de la STEDH de 28 de junio de 2018, caso ML y WW contra Alemania). Revista de Derecho Político, n. 106, p. 137-166, 2019.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 395-408, 2014.

LETURIA, Francisco 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, v. 43, n. 1, p. 91-113, 2016.

LÓPEZ PORTAS, M^a Begoña. La Configuración Jurídica Del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE//THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN SPANISH LAW DUE TO THE CJEU DOCTRINE. Revista de Derecho Político, v. 1, n. 93, p. 143-175, 2015.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, p. 367-382, 2018.

MALHEIRO, L. F. O consentimento na proteção de dados pessoais na internet: uma análise comparada do regulamento geral de proteção de dados europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016. Monografia (Monografia em Direito) – UnB. Brasília, p.14. 2017.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica, “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”. Valencia, p. 63, 2018.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica. “Nuevos perfiles del Derecho al olvido en Europa y España” en Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá, X, 2017.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica. “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”. Valencia, 2018.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria et al. El conflicto entre el derecho al olvido y la libertad de información de la prensa contenida en hemerotecas. 2019.

MATE SATUÉ. LORETO CARMEN. ¿Qué es realmente el derecho al olvido? *Revista de Derecho Civil*. vol. III, núm. 2 (abril-junio, 2016) Ensayos. p. 187-222.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIERES, Luis Javier. *El derecho al olvido digital*. Fundación Alternativas, 2014.

MINERO ALEJANDRE, Gemma. Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n. 52, p. 125-148, 2019.

MINERO ALEJANDRE, Gemma. Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n. 50, p. 13-58, 2017.

MONCAU, Luiz Fernando. *Direito ao esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. 2020.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Anuario de Derecho Civil (Tomo LXXIII, fascículo I, enero-marzo 2020)*, 2020.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. *Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo*. *Revista de Direito Privado*, v. 70, p. 71-98, 2016.

MUÑOZ ONTIER, JOAQUÍM. Disposiciones Generales, artículo 1 al 5. En: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). El nuevo marco regulatório derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido/Data protection and Internet search engines: current issues and future perspectives about the right to be forgotten. Revista de Derecho Civil, v. 4, n. 4, p. 181-209, 2017.

NEMER, DAVID. *“The three types of WhatsApp users getting Brazil's Jair Bolsonaro elected WhatsApp has proved to be the ideal tool for mobilizing political support – and for spreading Fake News”*. Publicado no The Guardian em 25 de outubro de 2018. Disponível em <https://www.theguardian.com/world/2018/oct/25/brazil-president-jair-bolsonaro-whatsapp-fake-news>. Último acceso 03 de noviembre de 2018.

NEVILLE, Andrew. Is It a Human Right to Be Forgotten: Conceptualizing the World View. Santa Clara J. Int'l L., v. 15, 2017.

NORRIS, PIPPA. “El ejemplo de la Primavera Árabe Movilización política y redes sociales”. Iberoamerican Communication Review. Nº. 9 (20 años que cambiaron el mundo), 2015.

NOVAL LAMAS, Joaquín José. Algunas consideraciones sobre la futura regulación del Derecho al olvido. Algunas consideraciones sobre la futura regulación del Derecho al olvido, p. 25-36, 2012.

ORWELL, George. 1984. Tradução Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio. La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El Protocolo Adicional al Convenio 108 relativo a las Autoridades de Control ya los Flujos Transfronterizos de Datos Personales. Anuario de la Facultad de Derecho, n. 19, p. 235-252, 2001.

PAZOS CASTRO, R. “El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales”, en InDret, N° 4, 2016.

PILATI, José Isaac; DE OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier. Privacidade, Pós-modernidade jurídica e Governança digital: o exemplo do Marco Civil da Internet na direção de um novo direito. Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 18, n. 1, p. 65-82, 2017.

PLATERO ALCÓN, Alejandro. El derecho a ser olvidado en España: estado de la cuestión más de dos años después de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Anuario de la Facultad de Derecho, n. 32, p. 14-14, 2015.

Programa Linha Direta da TV Globo exibido em 27 de junho de 2006 y publicado em YouTube por Danilo Rodrigues - con el seudónimo de Pedro Janov- quien supuestamente es periodista y coleccionista de antiguos videos de la televisión brasileña. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=pC6blhGQWc8>, último acceso 20 de setembro de 2019.

RALLO LOMBARTE, Artemi. “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)”, UNED. Revista de Derecho Político N.º 100, septiembre-diciembre, 2017.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. El acceso a los datos y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información de personas fallecidas: análisis de los límites. *MÉI: Métodos de Información*, v. 11, n. 20, p. 59-87, 2020.

REIDENBERG, Joel R. Resolving conflicting international data privacy rules in cyberspace. *Stan. L. Rev.*, v. 52, p. 1315, 1999.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet? Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, jul.-dez./2015. Disponível en: <<http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>>. Último acceso 15 de mayo de 2019.

ROUSSEAU. Dominique. “Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c’est la fin d’un monde fabriqué au xixe siècle et relookée au xxe.”. Dominique Rousseau, “Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57.

RUIZ, Aritz Romeo. La responsabilidad proactiva de las administraciones públicas en la protección de datos personales. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 18, p. 138-153, 2020.

S. ABRIL, Patricia; PIZARRO MORENO, E. La intimidad europea frente a la privacidad americana. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, v. 1, 2014.

SAFARI, la chasse aux Français”, 40 ans après. Données ouvertes. 26 de enero de 2018. Disponible en

<https://donneesouvertes.info/2018/01/26/safari-la-chasse-aux-francais-40-ans-apres/>. Último acceso em 25 de outubro de 2018.

SALI, Felipe. “Google cede tecnologia para drone militar – e funcionários não gostam”. Super Interessante. Informe publicado el 7 de marzo de 2018. Disponible en <https://super.abril.com.br/comportamento/google-cede-tecnologia-para-drone-militar-e-funcionarios-nao-gostam/>. Último acceso 22 de agosto de 2018.

SALMERÓN MANZANO, Esther María. Necesaria regulación legal del Bitcoin en España. Revista de Derecho Civil, v. 4, n. 4, p. 293-297, 2017.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, v. 64, n. 2, p. 225-258, 2016.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Belén et al. Implicaciones institucionales de la ley de Protección de Datos. 2016.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; CUADROS GARRIDO, María Elisa. Autodeterminación informativa: un derecho en alza. Revista Galega de Dereito Social, n. 8, p. 85-127, 2019.

SANCHO LÓPEZ, Marina. El derecho al olvido y las hemerotecas digitales. Breve recorrido por la jurisprudencia española. Actualidad jurídica iberoamericana, n. 10, p. 748-759, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SAURA, José Ramón; PALOS-SÁNCHEZ, Pedro; NAVALPOTRO, Felipe Debasa. El problema de la Reputación Online y Motores de Búsqueda: Derecho al Olvido. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 8, p. 221-229, 2017.

SILVA FERREIRA, VANESSA ALVES DA. FONSECA E SÁ, MARIA IRENE DA. "Big Data: estudo de casos". Em *A Ciência Aberta o contributo da Ciência da Informação. Atas do VIII Encontro Ibérico EDICIC*. Universidade de Coimbra, 20 a 22 de novembro de 2017. P. 21 – 34.

SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. Do direito a estar só ao direito ao esquecimento. Considerações sobre a proteção de dados pessoais informatizados no direito da união europeia: sentido, evolução e reforma legislativa. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 61, n. 3, p. 91-118, 2016.

TOONDERS, Joris. Data is the new oil of the digital economy. Disponible en: <https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/>. Acceso en: agosto de 2017.

TRONCOSO REIGADA. "El derecho al olvido en internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos personales de la unión Europea. *Revista de Derecho, Comunicaciones y nuevas Tecnologías*, número 8, diciembre 2012.

VERONESE, Alexandre; DA FONSECA, Gabriel Campos Soares. Interesses empresariais e divergências no processo de construção do Marco Civil da Internet: uma análise crítica a partir de entrevistas de campo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 2020.

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. *A Lei de Acesso à Informação*. Disponible en:

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/46754/Acesso_informacao_texto.pdf?sequence=1. Último acceso 18 mayo de 2020.

WARREN. Samuel D, BRANDEIS. Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, Vol. 4, N^o. 5. (Dec. 15, 1890).

YILMA, Kife Micheal. The United Nations data privacy system and its limits. International Review of Law, Computers & Technology, p. 1-25, 2018.

ZIMMERMANN, Maíra. A CRIMINALIDADE TRANSFEITA EM ESTILO: CASO AÍDA CURI E OS IRMÃOS KRAY NA PASSAGEM DOS ANOS 1950-60. *História: Questões & Debates*, v. 65, n. 2, p. 99-125, 2017.