

PRÓLOGO

I. Decía Rodotá que «hay derechos que vagan sin tierra por un mundo global en busca de un constitucionalismo, también global, que les ofrezca anclaje y garantías». Esta puede ser la historia del denominado derecho al olvido digital; uno de los nuevos derechos que han ido emergiendo al compás del avance de las nuevas tecnologías; herramientas indispensables en todos los órdenes: laboral y personal.

Ciertamente, internet nos permite, a través de potentes motores de búsqueda, conocer, con extraordinaria facilidad y rapidez, informaciones que antes debían buscarse en hemerotecas, y, por tanto, el acceso a las mismas era más complejo. Hoy, sin movernos, y solo con el teclado del ordenador, tableta o móvil podemos acceder, con la absoluta inmediatez que nos proporciona la red, a informaciones de todo orden; no sujetas a exigencias temporales, ya que están almacenadas ahí permanentemente. Tal acceso inmediato a la información cuenta con innumerables ventajas, pero también viene acompañado de desafíos, riesgos e inconvenientes. La absoluta visibilidad nos hace más transparentes, más frágiles, y perturba nuestro anonimato en la red.

Ello plantea retos que el derecho debe afrontar, que son nuevos, ya que emergen en el marco de los nuevos sistemas de información que proporcionan las herramientas tecnológicas. A diferencia de los tradicionales medios escritos de información en los que transcurrido el tiempo es más fácil olvidar. Sin embargo, la red lo ha cambiado todo y, hoy, las informaciones están al alcance de todos, en cualquier momento y en toda su extensión; cuestionándonos hasta qué punto nos ha de recordar lo que el paso del tiempo puede olvidar o desdibujar.

II. La irrupción digital ha hecho emerger el derecho al olvido digital como un nuevo derecho ligado, en principio, a la defensa de la privacidad en el ámbito de Internet.

Claro que su calificación como nuevo derecho no es pacífica, cuestionándose si realmente estamos ante un nuevo derecho, o, por el contrario, ante un derecho ya existente, pero que demanda nuevas respuestas exigidas por las nuevas tecnologías. De hecho, la atención en los últimos años ha pivotado sobre la siguiente cuestión: la red ha conferido unas particularidades a la información que permiten hablar de nuevas dimensiones. Pero, ¿hablamos de nuevos derechos o de derechos ya existentes que afrontan nuevos retos con las nuevas tecnologías? Pensemos que el denominado derecho al olvido, entendido como el derecho a «una segunda oportunidad», ya venía reconociéndose con anterioridad a la irrupción de las nuevas tecnologías; sobre todo en el marco de las informaciones atinentes a condenas o antecedentes penales. El caso *Melvin v. Reid*, en 1931, ya resolvía este olvido «no digital» en EE.UU.; aunque con posterioridad allí se haya sido más reticente a su pleno reconocimiento.

En síntesis, el olvido digital ¿es un nuevo derecho, o es solo un derecho ya existente que requiere nuevas respuestas? Si la respuesta es que nos encontramos ante un nuevo derecho, su construcción plantea importantes aristas. Y es que forjar el andamiaje de un derecho en construcción es costoso, debiendo enfrentarnos a importantes interrogantes: ¿Nos debe permitir la red olvidar el pasado? ¿Por qué? ¿Hasta qué punto tenemos derecho a que se reescriba la historia para satisfacer nuestra pretensión de olvidar? ¿Tenemos derecho a exigir que la red deje de recordarnos por hechos con impacto negativo? ¿Hay un «derecho de autopresentación social» (Mieres)? Si es que existe. ¿Tienen relevancia los hechos del pasado? ¿Desaparece el interés de la información con el paso del tiempo? ¿Hasta qué punto una persona puede exigir la retirada de la verdad?

Interrogantes que revelan que su reconocimiento no haya sido pacífico; ni en nuestro ordenamiento ni en otras latitudes. Las nuevas tecnologías ponen en jaque la esfera de la privacidad. Opera, así, este ámbito privado como una barrera que hace emerger el derecho al olvido. Ahora bien, este no es instrumental de la privacidad; preferentemente sí; pero no solo. Puede venir exigido, también, para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos: por ejemplo, el previsto en el artículo 25 de la Constitución española, que nos conduce a plantearnos hasta qué punto la red puede recordar lo que el texto constitucional reconoce como la finalidad de las penas: esto es,

la reinserción social. Tesis a la que ha sido sensible nuestro Tribunal Constitucional (STC 52/2002, de 25 de febrero).

Ciertamente, la protección de estos derechos aviva el reconocimiento del olvido digital. Por el contrario, otros derechos lo frenan; sobre todo el derecho a la información o a la investigación, pues ¿hasta qué punto es posible escribir la historia o investigar si se ocultan datos? Las investigaciones históricas ¿ceden ante el olvido digital? Estas son, solo, algunas de las principales incógnitas con las que se enfrenta quien aborda el tema.

En todo caso, partiendo de que los derechos no son absolutos, debe enjuiciarse cada caso mediante la ponderación de los intereses en conflicto. Por eso, las clásicas técnicas de ponderación también son aplicables a los nuevos derechos.

III. La construcción de un nuevo derecho exige determinar su contenido y su alcance. Y, de nuevo, nos surgen interrogantes: que se reconozca el derecho al olvido digital implica que ¿no puede quedar ningún rastro en la red? ¿A qué datos o informaciones se refiere? ¿Solo a datos inexactos que afectan en lo sustancial a la esencia de la noticia? ¿Hasta el punto de convertirse una especie de «censura retroactiva» (Cordech)?

El primer eslabón en la construcción de este derecho fue la respuesta originaria de la Agencia Española de Protección de Datos, en la que se basó luego el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 13 de mayo de 2014), determinando que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea; comprendiendo, así, el derecho de las personas a solicitar que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por su nombre, cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima. En términos generales, el derecho al olvido digital confiere, pues, al interesado la posibilidad de solicitar que sus datos personales desaparezcan de las búsquedas en Internet, borrándose sus rastros.

Con posterioridad, el 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 —aplicable desde el 25 de mayo de 2018— reconoce en su artículo 17 que el interesado

tiene derecho a obtener «sin dilación indebida» del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan cuando concurren una serie circunstancias.

Y, más recientemente, el Tribunal Constitucional español (Sentencia 58/2018, de 4 de junio) ha reconocido la doble dimensión del derecho al olvido: como una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE); pero también como un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo. El Tribunal ha rechazado que los medios de comunicación deban eliminar de sus informaciones antiguas los datos personales de ciudadanos que estuvieran implicados en hechos pasados que ahora les puedan perjudicar. Ahora bien, sí que requiere que los medios eliminen de sus buscadores internos la posibilidad de encontrar esas informaciones a partir del nombre y apellido del afectado.

En síntesis, el derecho al olvido digital parece circunscribirse solo a los resultados obtenidos en motores de búsqueda tras teclear el nombre de una persona determinada; pero no implica que la página donde aparece el dato desaparezca, ni que la información quede suprimida de la fuente original. En consecuencia, el dato queda desvinculado del nombre concreto cuando se realiza una búsqueda.

Desde esta perspectiva, si el inicial derecho al olvido no es nuevo, sí que es más difícil sostener que el olvido digital no lo sea. Su contenido y sus respuestas son nuevos; aunque puedan emplearse muchos elementos clásicos para dirimir conflictos. Y, una vez reconocido el derecho al olvido digital, los esfuerzos deberán dirigirse a determinar sus garantías, ya que la efectividad de los derechos depende tanto de su reconocimiento como de la existencia de mecanismos de protección; pues, como dijera Bobbio, el problema de los derechos «no es fundamentarlos, sino realizarlos o protegerlos».

IV. El tratamiento de un derecho, todavía en construcción, es un reto que afronta la autora en este libro. Por ello su interés es más elevado, ya que analizar un derecho que plantea aristas tan vidriosas constituye un acto de valentía, sobre todo, en una joven, pero sólida, investigadora.

La obra que nos presenta es fruto de una investigación rigurosa y cabal, que refleja la esencia de la personalidad de su autora. En

ella acomete el estudio del reconocimiento y régimen constitucional del denominado derecho al olvido en la Unión Europea, así como su plasmación en España. Ofreciéndonos, de manera complementaria, en otra obra de reciente publicación, una perspectiva comparada que resulta de elevado interés por varias razones: en primer lugar, por la comparación entre dos modelos con tradiciones jurídicas distintas, como son los modelos europeo y norteamericano, y que ofrecen respuestas bien diferentes al olvido digital. Piénsese que el peso de la Primera Enmienda norteamericana consagra la libertad de expresión e información, confiriéndole un carácter preferente. En segundo lugar, porque la autora conoce muy bien el modelo norteamericano, en cuyo seno ha crecido, lo que la convierte en una testigo privilegiada para transmitirnos sus raíces y sus respuestas de la forma en que lo hace.

El tema objeto de tratamiento presenta una indudable actualidad, ya que aborda el derecho al olvido digital como un nuevo derecho, engarzándolo en los derechos de la personalidad y en la autodeterminación informativa, estrechamente vinculada al derecho fundamental a la protección de datos. La autora nos conduce por la normativa vinculante aplicable, el *soft law*, y la jurisprudencia relevante en la materia. Estudio de por sí necesario y conveniente, que justifica su tratamiento. Pero, su principal aportación reside en el tratamiento del derecho analizado en relación con unos titulares muy concretos: las personas y colectivos particularmente vulnerables en la era sociodigital. Perspectiva ayuna de tratamiento, que convierte este libro en obra de referencia.

Estamos ante una obra propositiva, en la medida en que plantea y consigue discernir y delimitar con mayor precisión cuáles son los perfiles del derecho al olvido digital, su aplicación práctica como mecanismo reactivo, así como las reglas de ponderación que deberían implementarse para equilibrar los derechos en conflicto. Y ello lo lleva a cabo, primero, con carácter general, para conducirnos, después, a su aplicación en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad.

La lectura del trabajo discurre entre una excelente exposición y una decidida argumentación. En ella puede encontrarse una respuesta certera a los interrogantes que hemos planteado en estas líneas. Algo que todo lector, ávido de respuestas, busca en una obra. Y ésta las ofrece.

Que Mónica Martínez López-Sáez, de quien he podido ser testigo de su compromiso universitario, además de su compañerismo, me haya pedido prologar su obra, es para mí un honor. Que la primera obra que prologo sea esta es, sinceramente, un orgullo.

En Valencia, a 18 de octubre de 2021.

SEFA RIDAURA MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Constitucional (Universitat de València).

Presidenta de la Asociación de Constitucionalistas de España.

PRESENTACIÓN

Como seres racionales, o al menos, *rationis capax*, todos nos habremos preguntado en más de una ocasión si nuestro destino, o lo que nos depara el futuro, está determinado o escrito. El problema es que hoy, en la era digital, la pregunta es justo la contraria: ¿Y si lo que está escrito (en la Red) determina lo que nos depara el futuro? La innovación tecnológica y la transformación digital nos han regalado mil y una formas de crear, almacenar y difundir ideas e información de manera instantánea y universal; sin duda, algo muy positivo. Sin embargo, a veces esa información ha sido nuestros propios datos personales, o información asociada a los mismos, los hayamos compartido nosotros o no.

Con un solo clic podemos (y terceros pueden) encontrar en la web todo tipo de fotos, información de carácter íntimo o sensible, incluso datos que, aunque ciertos, objetivos o insignificantes, de manera aislada, o bien son de un pasado lejano o bien, sumados y agregados al resto, forman un perfil y una identidad que puede no corresponder a la realidad actual, y, aun así, queda vinculado a nuestro nombre de manera instantánea y universal. Todo lo que se le confía a la Red forma parte de una memoria digital que no controlamos, que lo recuerda todo, y no perdona ni olvida nada. Esta falta de control pone en peligro el desarrollo de la personalidad y la reconstrucción dinámica de la identidad. Ya no somos nosotros los que decidimos quiénes somos. Para el mundo exterior, somos quien Don Google, y sus consiglieri, caporégime y casetti digitales dicen que somos. El recordatorio constante y la posibilidad de acceso ilimitado a información obsoleta convierte el pasado en un condicionante, casi determinante, del presente y el futuro, ya sea laboral, económico, social, familiar o personal.

Cuánto se equivocaba Umberto Eco al decir que si bien la Red es un gran inventario de información, este no constituye en sí mismo la memoria. Nuestro mundo digital está basado en el recuerdo como principio incondicional y en el olvido como defecto relativo. La

memoria digital y transaccional que ha generado el uso que hemos hecho de la Red, ha puesto en tela de juicio la máxima en la que se basan las democracias constitucionales: que la dignidad humana es el fundamento y el valor superior de todo orden democrático y constitucional, garantizando el derecho de toda persona a definir libremente su identidad y proyecto de vida. De tal modo, y como plantea Rallo (2019a), nos enfrentamos a un desafío colosal: el de «*constitucionalizar nuevos derechos que satisfagan la demanda social de protección frente a riesgos y amenazas [sociodigitales] presentes y futuras*».

En los últimos años, la noción de ‘derecho al olvido’ se ha convertido en un recurso jurídico popular en el contexto de la transformación digital, a la vez que en un concepto jurídico indeterminado. Si bien para algunos este derecho no constituye, *per se*, una novedad material, considerándolo como una amalgama de derechos pre-existentes tapizados jurídicamente para responder con mayor eficacia a las necesidades derivadas de la innovación tecno-digital en nuestra vida cotidiana, otros lo dotan de autonomía propia y lo definen como una institución jurídica intermedia y nueva entre la protección de datos, la privacidad y la identidad. En tiempos digitales, los derechos más personalísimos, dispuestos bajo el paraguas de la dignidad y la libertad, requieren un cierto poder de control, una autodeterminación y autonomía informativas. La postura europea ha sido regular el conocido derecho al olvido ante la elaboración automática de perfiles, la compilación y la presentación descontextualizada que las NTIC generan y hacen universalmente accesible en el mundo en línea.

Para enfrentarse a las preocupaciones de los últimos años sobre el impacto y aumento de los riesgos potenciales para los derechos fundamentales, nacieron los intentos —y posteriores éxitos— de reconocer el derecho al olvido en Europa y nació la inquietud intelectual por perfilarlo, de manera especial, en atención a aquellas personas que más necesitan no quedar ancladas en el pasado, ni ser sometidas a cadenas (ni condenas) digitales perpetuas. En ello he centrado mi esfuerzo investigador estos últimos años y cuyos resultados se exponen, como corolario y tras la defensa de mi tesis doctoral, en esta monografía.

Quizá sea arriesgado aventurarse en el estudio del olvido, y defenderlo como garantía de la dignidad en un momento en la historia de la humanidad en el que se ha dejado de sobra claro que ciertos actos no gozan ni de perdón ni de olvido y que la supresión de la memoria supone la peor profanación de la verdad histórica. Desde luego, las

señas de identidad del entorno sociopolítico actual (el rechazo absoluto a la censura, el discurso de la memoria histórica y las demandas de que las transgresiones y crímenes contra la dignidad y humanidad sean perseguidos y castigados), no ofrece las condiciones más favorables para la contemplación, defensa o, al menos, la apertura hacia la aceptación de un derecho (y subsiguiente obligación) a no recordar. No obstante, ni los derechos, ni las posiciones teóricas son absolutas. A tal respecto, encontramos muy esclarecedoras las reflexiones de Sánchez Martínez (2019), pues para el ejercicio libre y pleno de los derechos fundamentales, entre los que cita la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, la persona, en ocasiones, necesita recordar, y otras veces, necesita olvidar, pues la *«construcción del futuro necesitaría, en ocasiones, desenterrar el pasado, en otras ocasiones enterrarlo, unas veces conocer y otras desconocer»*, y aunque ninguna de las dos se debe imponer, *«sí se puede facilitar o dificultar la difusión de ciertos acontecimientos o datos para hacerlos presentes o ausentes»*.

Sin traer a colación los riesgos y consecuencias de las NTIC, y a pesar de sus numerosas ventajas, hay que considerar, y así lo expone esta monografía, que pueden (y suelen) operar como arma de destrucción masiva, atentando contra la dignidad humana, y, simultáneamente, como escudo tecno-digital insuficiente frente a las víctimas de la guerra que ella misma desencadena. Desde el punto de vista de la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, actúa como factor agravante de las mismas y, si no proporciona garantías y mecanismos efectivos, puede llegar a ser factor menguante en la protección de los derechos fundamentales de determinados colectivos. Ante la nueva y compleja realidad socio-digital, surge el reto (y subsiguiente deber) del Derecho de paliar semejantes afrontas a la persona. Ello implica no solo la necesidad de reforzar los clásicos derechos personalísimos del ser humano, sino también la necesidad de asegurar una verdadera y efectiva autodeterminación informativa, como presupuesto necesario para garantizar la dignidad humana, como *prius* lógico y ontológico, a través del diseño y ejercicio de nuevos mecanismos de tutela.

Como he sostenido estos últimos años, el perfilamiento de los derechos emergentes o la redefinición de los derechos clásicos responden a un proceso de constante evolución de las necesidades humanas como respuesta a los cambios y revoluciones y, por ende, a las consiguientes y potenciales amenazas que las NTIC pueden tener sobre la libertad y dignidad individual. En tal sentido, los derechos funda-

mentales deben, si no rediseñarse, sí actualizarse, para poder adaptarse mejor a los requisitos siempre cambiantes de nuevos contextos y realidades, y hacerse inspirándose en los principios y valores que los guían, siendo el orden axiológico máximo la dignidad de la persona. La necesidad de efectuar una constante revisión y perfilamiento de los derechos viene dada, entre otras muchas razones, por el supracitado progreso socio-tecnológico, como recurso para evitar, como decía Bobbio (1991), la «indigencia» de la persona.

La constante e imparable creación, almacenamiento e intercambio masivo de información y datos personales acompaña nuestra vida y ha creado identidades y perfiles digitales que condicionan y determinan nuestro presente y futuro, haciéndonos «esclavos de nuestros datos» (Rodotà, 2014) y abandonados a nuestra suerte. Ortega y Gasset (1914) decía «yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo». Sin duda, la realidad socio-digital actual hace que nuestra «circunstancia» ya no sea ni una única e individualizada ni aquella más inmediata, sino todas, sin ningún límite espacio-temporal. Hoy en día nosotros somos nosotros mismos, nuestras circunstancias y la información que nos concierne en la Red.

Las NTIC, y, sobre todo, los usos que se hace de las mismas han puesto en entredicho los derechos y libertades más fundamentales. Con el fin de proteger y garantizarlos de manera eficaz, tanto el Derecho europeo como el español han asumido una tarea de especialización, desarrollando el derecho a la protección de datos, en general, y, atendiendo a las premisas que comparten, tales como la autonomía y dignidad, reconociendo y perfilando un derecho al olvido. Esta especialización obedece a la necesidad de dar mejor respuesta y mayor protección a la persona ante las nuevas realidades de la tecnociencia. A nivel europeo se ha apostado por una clara regulación distintiva a través del cisma jurídico existente hasta el cambio de siglo, desligando el derecho a la protección de datos (art. 8 CDFUE) del clásico derecho a la vida privada y a la intimidad (art. 7 CDFUE).

En el caso español, que precedió a la normativa europea, se aprecia lo mismo, reconociendo el derecho a la intimidad en el art. 18.1 CE y, aunque íntimamente ligado, el que luego sería el derecho a la autodeterminación informativa en el art. 18.4 CE a través de los límites a la 'mutada' informática. Cabe resaltar que la 'constitucionalización' de la protección de datos, como derecho fundamental y como autodeterminación informativa, queda, además, reforzada y ampliada por la cobertura

jurídica, bajo la justificación de proteger la dignidad de la persona frente a los riesgos que supone el tratamiento de los datos de carácter personal.

El interés intelectual y personal por perfilar el derecho al olvido no puede hacernos sucumbir al pesimismo que ocasiona ser testigos o víctimas de las consecuencias demoledoras de las NTIC para la dignidad y libre desarrollo personal, social o profesional: el desafío a la identidad, el empobrecimiento de la capacidad de decidir, la inutilidad de suplicar mayor privacidad y la percepción de una *«pérdida de control sobre uno mismo que puede desembocar en considerar vana cualquier resistencia»* (Rodotà, 2014). Pero dicha resistencia debe producirse y debe reivindicarse una alternativa. La respuesta a las injerencias de la memoria infalible de Red en los derechos personalísimos no puede ser la abstinencia digital, la autocensura, la acogida beneplácita de la idea de que *quien no tiene nada que ocultar no tiene nada que temer* o la resignación a tener que sufragar personal y profesionalmente hipotecas vitalicias, bien sean originadas por inmadurez, falta de conocimiento o por el simple y natural libre desarrollo de la propia personalidad e identidad. Se debe asegurar a todas las personas una garantía para el control efectivo de sus datos personales, de su identidad, y, en última instancia, de su vida, su libertad y la búsqueda de su felicidad. Estos, aunque valores atribuidos al constitucionalismo americano, se ven (y deben verse) igualmente amparados en el constitucionalismo europeo.

De tal forma, el derecho al olvido se ha convertido, y así se estudia en la presente monografía, en garantía no solo para la protección de datos, sino también, para los demás derechos fundamentales, y, en última instancia, como garantía sin la cual no es verdaderamente realizable la libertad, ni es posible la igualdad, ni tampoco es concebible la dignidad. El derecho fundamental a la protección de datos, así reconocido tanto a nivel europeo como español, requiere de una actividad tuitiva dinámica, reconociendo nuevos derechos y garantías para su protección y ejercicio efectivos. Sin lugar a dudas, el derecho al olvido se presenta como uno de estos nuevos derechos y garantías emergentes. El título del libro, aludiendo al derecho al olvido como garantía o mecanismo de tutela y de refuerzo para la efectividad de los derechos fundamentales en juego, y de manera especial para los derechos de los colectivos en especial situación de vulnerabilidad en la era digital, se inserta en análoga línea.

En el contexto de la pandemia provocada por el *SARS-CoV-2*, se advierte con especial intensidad el hecho de que los principios y derechos de protección de datos juegan un papel fundamental en la seguri-

dad y confianza vertida sobre el tratamiento de determinada información sensible, desempeñando las garantías normativas, jurisdiccionales y no jurisdiccionales nacionales y europeas una función crucial. En lo que a las situaciones de vulnerabilidad se refiere, el ‘olvido’ (nunca mejor dicho) de la protección de datos de las personas vulnerables, como se refleja, por ejemplo, en la ausencia de referencia alguna sobre estas cuestiones en el primer código estatal Covid-19 sobre personas vulnerables (2020), pone de manifiesto la actualidad y relevancia de esta monografía.

Se requiere, pues, que la regulación y la aplicación de los derechos y garantías digitales se haga desde una ética de los derechos humanos. Como es evidente en lo que concierne a derechos y libertades vinculadas a las NTIC, esto requerirá encontrar el justo equilibrio entre la ponderación efectiva y la protección de los intereses en juego: a saber, la protección de datos *versus*, entre otras, las libertades informativas. Esto justifica por qué se proponen dos derechos al olvido en función de la necesidad de un absoluto borrado por el incumplimiento de la normativa de protección de datos y en función de la necesidad de que la información quede menos accesible, atendiendo a criterios tales como la naturaleza de los datos personales, el trascurso del tiempo o la situación particular del interesado.

Asimismo, se propone hacer uso de los modelos ya proporcionados como garantías para la persona interesada y como límites para el tratamiento de datos de carácter personal, adaptándolos a las exigencias propias del olvido y de los intereses contrapuestos a favor de la memoria. Si bien es cierto que el derecho al olvido se concibe como un derecho reactivo (ejerciéndose *a posteriori* del tratamiento ilegítimo), también puede concebirse como derecho y garantía protectora, insertándolo desde el diseño y por defecto en las tecnologías que provocan los daños que dieron origen a su creación.

Este estudio monográfico, una versión reducida y actualizada de la tesis que fue presentada para la obtención del título de Doctor en el año 2020, y que posteriormente fue galardonada con el Premio Nicolás Pérez Serrano en su convocatoria de 2021, trata, pues, de contribuir a hacer de nuestra sociedad virtual, que es igualmente (a veces, incluso más) real, un mundo más digno, y sumándome al llamamiento de Gutiérrez Díaz (2014), «más justo, más solidario y, en definitiva, más humano».

Madrid, octubre de 2021.

MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ

PRIMERA PARTE

Reflexiones en torno a la protección de la dignidad
humana en tiempos digitales

EL NUEVO PARADIGMA SOCIO-DIGITAL EN EL MARCO
DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO Y GLOBAL

1. La globalización de las NTIC y la globalización de los derechos

En lo que respecta al fenómeno de la globalización, las sabias palabras de Nelson Mandela (2000) siguen haciendo eco dos décadas más tarde: *«A menudo hablamos de la globalización del mundo [...] refiriéndonos a este como una aldea global. Con demasiada frecuencia esta hace únicamente alusión a la libre circulación de bienes y capitales a través de las barreras tradicionales de las fronteras nacionales. Con poca frecuencia hacemos hincapié en la globalización de la responsabilidad. En este mundo en el que la moderna tecnología de la información y las comunicaciones nos ha puesto a todos al alcance de todos, compartimos de nuevo la responsabilidad de ser el proverbial guardián de nuestros hermanos [...] En un mundo en el que la globalización significa, como ocurre a menudo, que los ricos y poderosos disponen ahora de nuevos medios para enriquecerse y potenciarse aún más a costa de los más pobres y débiles, tenemos la responsabilidad de protestar en nombre de la libertad universal. La globalización abre las maravillosas oportunidades para que los seres humanos de todas las partes del mundo compartan entre sí, y compartan con mayor equidad, los avances de la ciencia, la tecnología y los mercados. Permitir que la globalización tenga el efecto contrario es amenazar la libertad a largo plazo».*

De una parte, una de las notas más características de la globalización y el constitucionalismo es, sin duda, su interrelación y, por ende, su necesaria concurrencia. La idea que comparten una amplia mayoría de las acepciones sobre la globalización se basa en el absoluto convencimiento de que vivimos en una era en la que la tecnología ha facilitado, más que nunca, la libertad en todas sus facetas. En lo que

se refiere a las libertades informativas, hemos avanzado no solo en cuanto a la disponibilidad y acceso a la tecnología, sino también en cuanto a funcionalidad y utilización masiva. Todo ello ha sido gracias a las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación («NTIC», en adelante)¹. A su vez, ello ha generado una creciente dependencia recíproca (no siempre mutualista) entre Estados, empresas y ciudadanos del mundo. Evidentemente, los avances de la tecno-ciencia han constituido una indudable ventaja para las sociedades modernas, mejorando un diverso conjunto de disciplinas y facetas vitales (Castells, 1998). De otra parte, se puede afirmar, sin temor a equivocación, que la globalización minimiza la importancia de las fronteras y socava la noción del constitucionalismo clásico de que el Estado, con su aparato jurídico-normativo, es el único responsable de gestionar los asuntos humanos y sus subsiguientes relaciones y conflictos jurídicos. La naturaleza propia y funcionalidades de las NTIC, así como el uso que se hace de las mismas, han difuminado las fronteras físicas y temporales. La anárquica y universal Red, cuya gobernanza, regulación y funcionamiento han resultado realmente complejos y fragmentados para la protección efectiva de los derechos e intereses fundamentales de aquellos que la utilizan, ha fundado no pocas preocupaciones sobre los potenciales riesgos que puede generar.

La globalización ha supuesto también la creación de movimientos y alianzas de ciudadanos a nivel mundial, pues ha conferido la posibilidad de creación, acceso y difusión inmediata y universal de tecnologías, de información y de ideas. La Red, sin duda, ha sido instrumento clave para la acción de movimientos sociales, al permitir «movilizar, organizar, deliberar, coordinar y decidir», al sentar las bases de la «cultura de la autonomía» y al fomentar la apertura a nuevas ideas y acciones construidas al margen de las instituciones clásicas y mayoritarias de la sociedad: lo que ha denominado el «círculo virtuoso» entre las NTIC y la autonomía individual, concretado «a través de la conexión en red» (Castells, 2012: 19).

¹ Más sobre las NTIC y su evolución en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El impacto de las NTIC en los derechos humanos», en: GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (COORD.), *Fundamentos Éticos y Jurídicos de las TIC*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 67-71, y más recientemente, en MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-38.

La unión de las NTIC con la Red ha dado lugar a un nuevo grado de inmaterialidad, interactividad, interconexión e instantaneidad. Así, en la actualidad nos encontramos no solo con que toda la información existente está relegada a infinidad de bases de datos, de la que disponemos universal e inmediatamente con un solo clic, sino que, además, nos vemos devorados y manipulados por la llamada «dictadura de los algoritmos» (Rodotà, 2014: 361-365) y la era del «capitalismo de vigilancia» (Zuboff, 2019), basada en la recogida, almacenamiento, análisis, utilización e intercambio masivo e ilimitado de información, precisamente de carácter personal, generalmente con ánimo de lucro (Acquisti, Taylor y Wagman, 2016: 442-492). En efecto, las NTIC han impuesto una *«entropía considerable en el mundo, consolidado por un paradigma comercial inesperado y por el uso de activos intangibles»* (Lucchi, 2010: 11-12).

Como ya he dicho en otra ocasión, las propias premisas de la globalización en el contexto de la Red, en tanto que superan las clásicas barreras y fronteras, han dado lugar a interesantes debates sobre la apertura a estándares y regulaciones allende lo estatal (Ferrajoli, 1998: 173-184).

Retomando las reflexiones sobre la globalización tecnodigital, los retos que presenta, al igual que su propia existencia, han trascendido el aparato público-estatal e incluso supranacional. Por un lado, vemos que, en la práctica, la información personal se ha monetizado y convertido en el bien máspreciado². En consecuencia, el poder se ha desplazado a las grandes corporaciones: las NTIC ya no están vinculadas a un sector específico, sino que constituyen la base desde la cual se construyen los sistemas económicos y los modelos de negocio modernos. Esta transmutación de poder se puede constatar observando los actuales jugadores clave en el tablero socio-económico: *san Google* (Sancho, 2016), *Facebook Nation* (Lee, 2014) y las plataformas de contenidos audiovisuales como *YouTube*, *Instagram* o *TikTok*, que se han convertido en los mayores intermediarios de empleo, llamándose sus trabajadores indirectos, *influencers*³. En el marco de las NTIC, la Red,

² Algunos lo han llamado el nuevo petróleo del siglo XXI. Vid. WORLD ECONOMIC FORUM: *Personal data. The emergence of a new asset class*, 2010, p. 5. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_Personal DataNew Asset_Report_2011.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_Personal_DataNew_Asset_Report_2011.pdf) [06-06-2020].

³ WERTZ, J.: «How Businesses And Influencers Are Monetizing Instagram», *Forbes*, 31-12-2019. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/jjawertz/2020/12/31/how-businesses-and-influencers-are-monetizing-instagram/>[06-06-2020].

debido a su ubicuidad, ha tenido un potencial transformador evidente, presentando infinitud de posibilidades y oportunidades para digitalizar y difundir todos los aspectos vitales. Pieza clave de los avances socio-digitales, esta herramienta digital ha sido el elemento tecnológico más difundido y el que más rápido ha sido acogido⁴.

No obstante, si bien las NTIC han traído innumerables ventajas, todo progreso (y en especial el técnico) tiene sus riesgos: desde las clásicas estafas y suplantación de la identidad o la ciberadicción y ciberacoso, a la emergente publicidad comportamental (Martínez López-Sáez, 2019b: 265), elaboración discriminatoria de perfiles o el determinismo informativo que constituyen un asalto a la autonomía, igualdad y dignidad. Seguimos envueltos en una suerte de «dilema digital» (Lucchi, 2010: 11) en el que debemos abrazar el progreso tecno-digital, que trae tantas ventajas y ha extendido nuevos espacios de libertad, de conexión humana, de acceso a la información y al conocimiento, a la vez que se protegen adecuadamente los derechos de las personas. En otras palabras, seguimos en la búsqueda de fórmulas para asegurar la apertura y el progreso social, económico, tecnológico y de las libertades informativas en un mundo digitalizado y globalizado, a la vez que se protege el núcleo esencial de la persona, su libre desarrollo y, en última instancia, su dignidad. Así, a los retos de un mundo cada vez más globalizado se le suman los retos de las complejas e infinitas posibilidades que generan las NTIC para los derechos fundamentales: ya anunciaba Beck (1992) que el éxito y proliferación de los avances (sean de producción o de cualquier otra índole) traen necesariamente consigo riesgos y amenazas.

El «macromedio» (Del Fresno, 2014) que es la Red, como sistema de difícil (cuando no imposible) acotamiento, sin duda se concibe sin fronteras y se rige bajos términos y reglas bien distintos de otros medios semejantes. Sin entrar en detalles sobre la historia de Internet⁵,

⁴ Resulta realmente interesante ver la evolución y adopción mundial de ciertas innovaciones tecnológicas. *Vid.* los esquemas interactivos del trabajo conjunto de RITCHIE, H., y ROSER, M., «Technology Adoption», *OurWorldInData.org*, 2020. Disponible en: <https://ourworldindata.org/technology-adoption> [06-06-2020]. *Vid.*, asimismo, DESJARDINS, J., «The Rising Speed of Technological Adoption», *Visual Capitalist*, 2018. Disponible en: <https://www.visualcapitalist.com/rising-speed-technological-adoption/>

⁵ Para muestra un botón. *Vid.* RYAN, J., *A History of the Internet and the Digital Future*, Reaktion Books, Londres, 2013.

sí que resulta importante, para saber lo que nos depara el futuro, y cómo surge la necesidad del derecho al olvido, marcar algunos aspectos importantes sobre su singular⁶ naturaleza y utilización, y, por tanto, los elementos que lo convierten en un riesgo para los derechos fundamentales. Destacaremos cuatro elementos que consideramos los más significativos en el marco de este trabajo, los cuales, dada su inherente interconexión e interdependencia, se tratarán sin ningún orden particular, en las siguientes páginas: en primer lugar, su «generabilidad» (Zittrain, 2006: 1981) innata; en segundo lugar, el uso que de ella hacen los internautas; en tercer lugar, la capacidad de los motores de búsqueda para acceder a lo más recóndito de su memoria y facilitar esa información de manera instantánea, todo lo cual produce una de-contextualización y efecto eternizador de la información, y, por último, su falta de neutralidad y sus discriminaciones insertas en los algoritmos de que se alimenta y constituyen su esencia.

La generabilidad de la Red la hace capaz de asumir una amplia gama de tareas, de adaptarse a un amplio espectro de escenarios; es capaz de crear y almacenar contenidos ilimitados de manera irrestricta, y es la principal fuente de los riesgos que percibimos que ella misma genera. Esta circunstancia, además, le ha otorgado la capacidad de extraer, interrelacionar, catalogar y perfilar a la persona, a partir de la información vinculada a ella disponible en la Red, lo que ha puesto todavía más en entredicho la protección efectiva del individuo en la era digital. Por un lado, en tanto que desaparecen los elementos espacio-temporales en la creación y difusión de contenidos, por la apertura a múltiples formas de almacenamiento indefinido, y, por otro, en tanto la experiencia humana y memoria social están relegadas a un cúmulo sin fin de bancos de datos, se asienta la «memoria digital», que trataremos con exhaustividad más adelante, y se crea la llamada «identidad digital» (Floridi, 2011: 477-479) o nuestro gemelo (si bien no siempre idéntico) digital. Aunque la identidad digital se ha estudiado desde varias perspectivas, aquí nos referimos a la identidad digital como una versión más amplia de la ‘identidad en línea’,

⁶ Utilizamos aquí el término singular por dos razones. Primero y, evidentemente, como sinónimo de particularmente excepcional, dados los elementos tan característicos de la misma, y segundo, y menos desarrollado por la doctrina, en relación al concepto de la «singularidad» de las NTIC: «singularity is the idea that not only is technology improving, but the speed of improvement is increasing as well». Vid. LARNIER, J., *Who owns the future...*, op. cit., p. 325.

que propone Bernal (2011). Para él, la noción de identidad tiene dos vertientes: en su dimensión social, la describe como la consideración del individuo en relación con otros, y, en su dimensión personal, la interpreta como la construcción interna del individuo como autónomo y en virtud del desarrollo de su personalidad en el mundo en línea. Para otros autores se trata más bien de una identidad narrativa desarrollada, y, por ende, plasmada en los espacios virtuales (Buitelaar, 2014: 266). La combinación de ambas comprensiones resulta muy útil a la hora de aplicar el desarrollo del 'yo' y la identidad en el mundo digital actual y globalizado.

Por otro lado, el surgimiento de la autonomía y el auge de las libertades informativas son, sin duda, otros elementos significativos que merecen ser destacados aquí; en especial, el auge de la libertad de expresión. La tendencia que llevamos viendo estas últimas décadas, sobre todo en el ámbito de las redes sociales, en el cual el usuario es simultáneamente generador y sujeto del contenido disponible en línea, ha supuesto *«un cambio en la filosofía, una actitud, una forma de hacer las cosas que identifica el uso actual de Internet que hacen tanto los internautas como las empresas, pasando de ser meros consumidores a productores y creadores de contenido»* (Heredero Campo, 2012: 8). En los tiempos de *Instagram, Facebook, TikTok*, etc., se ha democratizado la 'publicación' en línea de todo tipo de contenidos e información y esta ha devenido automática, incuestionable y casi imparable. De ahí que una de las mayores preocupaciones de esta nueva realidad socio-digital, en este contexto, sea no solo la llamada «paradoja de la privacidad», que declara que la gente, a fin de cuentas, no se preocupa tanto como dice por la privacidad, pues constantemente está cediéndola sin valorar sus consecuencias (Chen, 2018: 1392-1412), sino también la facilidad de obtener datos personales, de relacionarlos, y que la Red y todos sus participantes sean factores determinantes de la portada o identidad digital.

Esta afectación de la identidad digital impacta el desarrollo libre y autónomo de la persona, su capacidad de decidir quién quiere ser, o qué faceta quiere mostrarle al mundo; este aspecto será objeto de nuestro estudio especialmente en el caso de las víctimas de cibercoso y las víctimas de otras prácticas de violencia (de género) *online* que se han visto despojadas de esa identidad. En palabras de Rodotà (2014: 309-310): *«se ha construido un nuevo espacio, no definible con las tradicionales referencias a lo público y a lo privado; andamos*

buscándonos a nosotros mismos y encontramos alguna información, a veces lejanísima, mixtificada, falsificación total de nuestra identidad, que cualquiera puede confeccionar y colgar en la red [...] una imaginaria biografía nuestra que los motores de búsqueda dejarán luego disponible a quien la quiera usar».

Buitelaar (2004) también ha plasmado maravillosamente este hecho y las inquietudes derivadas del mismo, y nos atrevemos a decir que incluso alude a las premisas del derecho al olvido. Recuerda la referencia al círculo virtuoso de las NTIC, y es precisamente este círculo virtuoso el que acaba convirtiéndose en un círculo vicioso del que no hay escapatoria: la autonomía, y por ende la confianza que la Red proporciona a aquellos que más necesitan de ella para el desarrollo de su autonomía, identidad y de un sentimiento de pertenencia, conduce a riesgos basados precisamente en las consecuencias naturales de esa paradoja de la privacidad, pues, aunque algunos utilizan el anonimato que ofrece la Red como recurso valioso que les permite desarrollarse y opinar libremente sobre su identidad y sus experiencias vitales sin temor a represalias, otros confían ciegamente en la neutralidad y apertura con la que se la etiqueta; volveremos a esto en unos momentos.

La Red también tiene un papel importante como sistema de referencia digital ante una nueva Sociedad de la Información, a saber, una suerte de Sociedad de la Búsqueda —*The Search Society*— (Brock, 2016: 17-20); es decir, como sistema a través del cual se puede acceder para buscar, cruzar, relacionar y comprobar todo tipo de datos e información. Existe casi una presunción, *iuris et de iure*, de que, si la información existe, está en la Red, y existen subsistemas que se encargan de ayudar a encontrarla más fácilmente. Precisamente, otra de las mayores preocupaciones respecto a las amenazas de la Red a los derechos personalísimos es el perfeccionamiento de los motores de búsqueda, aprovechándose de la creación, almacenamiento y difusión instantánea e universal de la información, y, por tanto, como consecuencia natural, la indeleble perennidad de la información publicada y compartida en la Red, han facilitado la búsqueda, identificación, clasificación y localización aparentemente ordenada, pero descontextualizada y de manera irrestricta, de toda clase de información; esto, en el caso de los datos personales, como información que identifica y afecta a los derechos personalísimos de los ciudadanos, implica una potencial distorsión de la identidad digi-

tal, la percepción social de la persona, y, por ende, de su desarrollo presente y futuro.

Las reflexiones iniciales, si bien con un lenguaje distinto y obsoleto (propio de la época y del juego cruel entre el inalcanzable corre-caminos tecnológico y el coyote jurídico), sobre estas cuestiones son igualmente interesantes. En tal sentido, a la noción de descontextualización le precedió la «fragmentación»: *«el problema, en una palabra, es la fragmentación [...] el ser humano está separado de sí mismo por una nueva mediación, la de los medios de comunicación que sustituyen en todas partes el libre juego de la vida y de su sensibilidad por la copia de un universo irreal, artificial, estereotipado, envilecedor, donde la vida ya no puede sino huir de sí misma, en lugar de realizarse [...] no solo la relación con los demás sino también la relación con uno mismo se convierten en una relación consumida [...] una relación mediatizada por un sistema de signos»* (De Koninck, 2006: 65).

Ya lo dijo Rosen (2010): la Red santifica la muerte del olvido. En efecto, uno de los problemas de los motores de búsqueda es que la Red entera está a sus pies, para buscar, recopilar, conectar, trazar, estructurar y poner a disposición de manera masiva e instantánea todo lo que en ella se guarda. Por sus algoritmos continuamente perfeccionados, nuestro pasado es un pasado digital congelado, pues la absoluta e infalible memoria digital exagera la dificultad de poner los eventos en su secuencia temporal adecuada. Cuando se efectúan búsquedas a partir de un nombre, la información y los datos son despojados de su contexto. La persona pierde el control de construir su propia identidad y decidir sobre su futuro, pues pierde la capacidad de decidir quién quiere ser y cómo quiere actuar en el presente, puesto que está constantemente perseguida y obstaculizada por ese pasado congelado y revivido, de manera automática, cada vez que se efectúa una búsqueda con su nombre. Por ello es relevante mencionar aquí la contribución de Nissebaum (2010), al introducir el concepto de «integridad contextual», siendo en este en el que nos apoyaremos para denominar y basar una faceta del ejercicio del derecho al olvido en la era digital como un derecho a la re-contextualización digital.

Lo cierto es que tratamos a los motores de búsqueda como indexadores objetivos de la información de Internet al servicio de los internautas, olvidando a veces que su objetivo principal es sobrevivir y prosperar como empresas, que son entes con ánimo de lucro. Por

eso, otro de los problemas que comparten todos los actores que operan en la Red, en especial, las redes sociales, los motores de búsqueda y las empresas con presencia virtual, es que, para proporcionar sus servicios gratuitos (sea un periódico, una red social o un servicio de indexación digital), tienen que depender de la publicidad para obtener beneficio, y esto lo hacen a través de la cesión de datos personales (tanto los datos personales directamente proporcionados por el usuario, como aquellos recogidos en función de su comportamiento en la plataforma correspondiente; debemos recordar el lema de la era actual: si no pagamos por algo, nosotros somos el justipreciado producto)⁷.

Enlazando estas cuestiones con la personalización y la llamada «neutralidad de la Red» —o como Denardis (2014: 131-152) reformula, la «no neutralidad de la neutralidad de la Red»—, otra de las mayores preocupaciones respecto a las amenazas a los derechos y libertades fundamentales en la red es hoy la detección y el control de potenciales manipulaciones y decisiones altamente discriminatorias por parte de los instrumentos a disposición de Internet y sus operadores, en especial el caso de la Inteligencia Artificial, Big Data y *Machine Learning*. Todas ellas se construyen sobre la base de una recopilación masiva de información, en muchas ocasiones de carácter personal, permitiéndole a los programas mejorar la capacidad y calidad de la respuesta. Al depender de procesos de recopilación y análisis masivo de datos personales, y poder configurarse con un propósito concreto y definido, quedamos a merced de lo que nos quieran ‘vender’ como lo ‘verdadero’, lo ‘conveniente’, lo ‘necesario’ o lo que ‘nos interesa’,

⁷ Un análisis de lo más acertado sobre estos «regalos [envenenados] digitales» lo realiza Floridi: «*we live on the good side of the digital divide and that we enjoy all the amazing fruits of our technological developments. And all these, free of charge. They make every day feel like Christmas. End of story? Not quite. Think more carefully and critically and you will realise that «timeo Danaos et dona ferentes» may still apply. The Latin phrase means «I fear the Greeks even when they bear gifts». In the Aeneid, Virgil makes the Trojan priest Laocoön utter this now proverbial line, in his attempt to warn the Trojans not to accept the famous wooden horse left by the Greeks as an apparent gift. We know how it ends. And yet, we seem to be falling into the same trap [...] As long as it is rational to offer gifts in return for increasingly less privacy and higher advertising revenues do not expect much improvement in the future».* Vid. FLORIDI, L., «Free online services: Enabling, disenfranchising, disempowering», en: *Philosophy & Technology*, 28, vol. 2, 2015, pp. 163-166.

en función de nuestro perfil tan concreto de persona, todo ello bajo el espejismo de la mejora del servicio, de la experiencia personalizada y de la libertad informativa, mientras se socavan los propios fundamentos de la democracia (Bowers, 2016). Quizá por ello Szekely (2012: 350) reflexiona por qué se tiende a hablar de la E-democracia y no de la E-dictadura, a pesar de tener la segunda más oportunidades y materialización en la era actual con las prácticas comunes de *political profiling* o *micro-targeting*, teniendo el ejemplo emblemático del escándalo de *Cambridge Analytica*. Quizá por ello Rodotà (2014: 361-365) también ha criticado fuertemente la «dictadura del algoritmo»: *a las tecnologías de la información y de la comunicación les ha sido atribuida una virtud, la de hacer más transparente la sociedad con el posible establecimiento de controles difundidos sobre el poder, sobre cualquier poder. Pero cuando el algoritmo se convierte en el fundamento mismo del poder ejercido por un sujeto, como en el caso bastante enfatizado de Google, y cuando todo cuanto le rodea está sumido en el máximo secretismo [...] no solo tutelan toda actividad sino que se adueñan, directa o indirectamente de la vida misma de las personas [...] en la vida cotidiana [...] en la que] se insinúa el germen de nuevas discriminaciones nace el ciudadano, ya no libre, sino 'perfilado', prisionero de mecanismos que ni sabe ni puede controlar».*

En similar línea, Del Fresno (2020) recientemente ha hablado de la transformación del antiguo al nuevo autoritarismo, propulsado por la «hegemonía global» de las plataformas sociales y digitales como entes «con vocación de estados paralelos» y cuyo poder, resultante de la 'acaparación' de información privada, como bien apunta, ha superado con creces las prácticas de los servicios de inteligencia alemanes previos a la caída del muro de Berlín y ha dado lugar a un nuevo tipo de guerra fría y a la posmodernas relaciones de dominación por definir la realidad. Llegados a este punto, es menester citar la obra revolucionaria de Pariser (2011) *The Filter Bubble*. Esta lectura, absolutamente necesaria para todos aquellos que utilizan, en menor o mayor medida, cualquier aspecto de la Red, demuestra los peligros de la personalización masiva, en tanto que retroalimentación de lo que los algoritmos predictivos han decidido que somos y queremos, y que afecta no solo a cómo nos llega la información, sino también a qué nos llega (y que no) y cómo reaccionaremos ante ella, lo que atenta contra los valores más sacrosantos de la democracia. Las NTIC, o al menos el uso que se hace de ellas, no es neutral, pues modifica

la forma en la que percibimos a las personas y los sucesos que nos rodean, y determina cómo respondemos a ellos, como individuos y como colectivos dentro de la sociedad. Y esa toma de decisión está cada vez más influenciada por lo que quieren enseñarnos en función de lo que los datos les dicen que nos gustará escuchar, y una vida (sea la real o la virtual) sin verdadera libertad, totalmente predecible, depurada y dirigida no merece la pena vivirla. La *«inducción algorítmica conduce a una suerte de determinismo informativo, en el que nuestros clics deciden nuestro futuro»* (Pariser, 2011: 135). Por ello, si no somos los dueños de nuestro pasado, de la información personal que vamos dejando en la Red, estamos condenados a que se repita nuestra historia (de navegación) y no necesariamente por voluntad o decisión propia.

Volvamos a la publicidad comportamental, donde, a través del uso de las NTIC, se puede llegar a conocer los hábitos de comportamiento del usuario en la red, con el propósito de ofrecerle publicidad personalizada. Esto hace más que posible la realización de perfiles, con el beneficio económico que supone para ciertas industrias frente al consiguiente riesgo de discriminación, y, en cualquier caso, se pone de manifiesto la evidente pérdida de control sobre la información personal. El riesgo de la discriminación digital, a través del fenómeno de la personalización, o de la recopilación masiva de datos también puede verse acrecentado con motivo de los procesos de decisión supracitados. Martínez Martínez (2019: 68-70) lo formula en los siguientes términos: *«depende ineludiblemente de la calidad de los datos y del funcionamiento material del algoritmo. Si este presenta algún tipo de sesgo, puede originar discriminación. Podemos identificar impactos del más variado tipo, a partir de ejemplos realmente existentes: [...] En procesos de selección de personal o de evaluación de la calidad de la prestación laboral puede producir efectos discriminatorios; por ejemplo, fomentar despidos injustos [...] el ámbito de la seguridad pública se ha demostrado la existencia de programas de asistencia que orientan el desarrollo de la actividad policial a la detención de minorías [...] Las posibilidades que ofrece la IA en el campo del scoring bancario, o la determinación de riesgos actuariales, apuntan a un mundo en el que el riesgo de discriminación por razones laborales, educativas o de salud podría estar muy presente. Es más, en un escenario teórico podría acabar discriminándose a una persona por su código postal».*

Las prácticas de la nueva *simonía posmoderna*, fundamentada en un control poco transparente de los actores corporativos de la Red y la ruleta rusa en la que se basa posicionamiento de los resultados obtenidos por los motores de búsqueda en función, entre otras, de la capacidad económica, tiende a confirmar que nos movemos en un espacio manipulado y no necesariamente sostenido sobre la premisa de los valores y principios democráticos sino sobre otros intereses menos honrados. Es indiscutible que hemos perdido el control de nuestros datos personales y que, cada día que pasa, la tecnología y el uso (y abuso) que se hace de ella nos acercan cada vez más a los mundos distópicos en los que se han basado numerosas novelas y películas que pueblan las listas de superventas en todo el mundo. Así lo manifestaba el propio creador de la Red, Tim Berners-Lee, con motivo del treinta aniversario de su gran obra maestra virtual, anunciando su plan de acción global para «salvar a la Red» de la manipulación política, las vulneraciones de la privacidad y protección de datos, y los fenómenos de las noticias falsas, entre otros, que nos están sumergiendo en una verdadera «distopía digital». Aunque hablaremos de ello más adelante, su propuesta de contrato social para el mundo virtual (*Contract for the Web*) es un ejemplo claro del tipo de actuaciones y movimientos que generan un nuevo *status* jurídico mundial; es parte del camino hacia un constitucionalismo global, en el que mediante la colaboración de esfuerzos procedentes de la acción ciudadanía, la responsabilidad empresarial y el control estatal, sigue siendo posible una vida mejor.

Hasta entonces, y ante el «efecto Lázaro» (Romero, 2012) en su versión digital, la población mundial está dividida sobre cómo afrontar estos riesgos. Algunos han dado por sentado que utilizar las NTIC (bajarse *apps*, registrarse en las redes sociales, participar en las conversaciones y movimientos socio-culturales y hacer uso de las numerosas posibilidades que ofrece la Red) significa renunciar a cierto grado de privacidad (el argumento de la seguridad personal y nacional sobre la libertad/privacidad se ha reconfigurado en la era actual en torno al disfrute de la tecnología e inseguridad personal como un valor situado por encima de la libertad/privacidad). Otros, han dado por sentado que tienen que convertirse en sus propios informáticos, acudiendo a numerosas prácticas, desde el uso de seudónimos o perfiles duplicados con nombres falsos, haciendo uso del *Ctrl+Mayús+N*, para guardar el anonimato y no dejar rastro en el historial de navegación, deshabili-

tando los servicios de localización del móvil o las redes sociales, o con otras prácticas de «desinformación», como apunta Ahearn (2010: 43-78).

Precisamente cabe aludir aquí a Frank Ahearn⁸, como símbolo emblemático de otra alternativa a la que han acudido los internautas: el solicitar ayuda práctica y tecnológica para desaparecer, todo por un módico precio (sea mediante ayuda personalizada o comprando su libro, que funciona como guía de cómo hacerlo, bajo el lema *Erase your Digital Footprint, Leave False Trails and Vanish Without a Trace*). Existen otras plataformas y programas pro-derecho al olvido que también han apostado por ayudar a aquellas personas que quieren retomar el control sobre sus datos o quieren empezar de nuevo en el mundo virtual. Destacamos, como ejemplos representativos en los últimos años:

- *TOR*. Acrónimo en inglés de «The Onion Router». Este navegador, basado en un proyecto más amplio pro-privacidad de los sistemas de información y comunicación, se basa y apuesta por la anonimidad en la Red bajo el lema «Navega con Privacidad. Explora libremente. Defiéndete de la vigilancia de red y el análisis de tráfico. Elude la censura». Ello se hace a través del aislamiento de cada sitio web visitado, impidiendo el acceso y seguimiento de los rastreadores de terceros y cookies e impide una identificación fácil al reenviar a otros servidores y cifrar el tráfico de navegación⁹;
- *Brave y DuckDuckGo*. Navegadores pro-privacidad y seguridad que bloquea publicidad por diseño y por defecto y que se basa en el anti-rastreo¹⁰;
- *Deseat.me*. En caso de que no quieras tener que iniciar el proceso de des-inscripción individual y manual de todo a lo que te has suscrito en la Red, los desarrolladores suecos crearon

⁸ Frank Ahearn pasó la mayor parte de su carrera localizando gente que no quería ser encontrada por el gobierno, se privatizó a sí mismo, comenzó a ayudar a las personas que necesitaban desaparecer o a aquellas que necesitan encontrar a alguien. Su interesante historia vital se puede encontrar, además de en el supracitado libro, en: <https://www.thewoolf.org/2017/12/01/conversation-frank-ahearn/>[06-06-2020].

⁹ Para más información y descargarlo *vid.* <https://www.torproject.org/es/> [06-06-2020].

¹⁰ Disponibles en: <https://brave.com/?ref=dow217> y <https://duckduckgo.com/> [06-06-2020].

- Deseat.me para ayudar a los interesados en borrar todas las cuentas creadas en los diferentes servicios y sitios web. Solo tienes que escribir tu correo electrónico y contraseña para iniciar el proceso de escaneo y en cuestión de segundos Deseat.me proporcionará una lista de todos los sitios web en los que estás registrado y deja elegir qué cuentas desea eliminar, y
- *Justdelete.me*. Muestra la clasificación, por nivel de dificultad, de la posibilidad de borrar los perfiles y datos de los principales sitios de Internet y, de manera similar a Deseat.me, te ayuda a hacerlo.
 - *Teborramos*. Este servicio, bajo el lema «Borramos tus resultados de Google. Desaparecer de Internet es tu derecho», lo llevan a cabo abogados especialistas y se encargan de solicitar la supresión de datos personales y enlaces de los resultados de búsqueda, de boletines oficiales, de redes sociales, de los medios de comunicación, entre otros por un módico precio¹¹.

Desaparecer de Internet es tu derecho», lo llevan a cabo abogados especialistas y se encargan de solicitar la supresión de datos personales y enlaces de los resultados de búsqueda, de boletines oficiales, de redes sociales, de los medios de comunicación, entre otros por un módico precio¹¹.

Otros más precavidos, nos hemos decantado, mientras estudiamos a fondo el tema, por una suerte de «celibato» o «abstinencia» cibernética¹², cuando hemos encontrado suficiente fuerza de voluntad para hacerlo y hemos podido asumir semejante sacrificio. Otros, más radicales, pero comprensiblemente guiados por el temor y el miedo de vivir en una sociedad de la cancelación (*cancel culture*), han decidido acotar las posibilidades para desarrollarse y expresarse libremente en la red, siendo meros sujetos pasivos y autocensurándose, para asegurar que nada de su pasado se vuelva un día contra ellos (bien sea por inmadurez, por desconocimiento, por cambio de ideas o por cuestiones considerablemente íntimas y personales, a través de un «me gusta», una foto de dudosa prudencia, un twit, el haber asistido a un evento virtual con determinada ideología, religión, sobre temas sociales afectando a determinados colectivos sexuales, y un interminable etcétera)¹³. En los tiempos del Covid-19, provocado por el SARS-CoV-2,

¹¹ Disponible en: https://teborramos.com/?gclid=EAIaIQobChMIy6v0zNDh7QIVx57tCh1wbAbyEAAAYASAAEgIbk_D_BwE [06-06-2020].

¹² Como ya anunciaba LARSEN, S., *La reina en el palacio de las corrientes de aire*, Ediciones Destino, Barcelona, 2011.

¹³ BARBA, A.: «Cultura de la cancelación», *El País*, 06-12-2019. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/12/04/opinion/1575479967_372184.html[06-06-

hemos visto a los extremos a los que se ha llegado, con el fin de guardar cierta privacidad y oscuridad digital, con prácticas tan opuestas a la cultura digital actual como dejar el móvil en casa, mantenerlo apagado o ponerlo en modo avión para evitar ese rastreo virtual de la pandemia al que tenía acceso el Gobierno, a través de las compañías de telecomunicaciones, bajo fines legítimos de recolección estadística y de extracción de patrones de movilidad para asegurar la salud pública¹⁴, en el contexto del Estado de Alarma y las fases de desescalada.

La protección de los derechos ha visto su marco de referencia estatal superado por fenómenos tales como la internacionalización y universalización de los derechos, la *internacionalización* (y *europeización*) del Derecho Constitucional, así como la *constitucionalización* del Derecho Internacional (y Europeo)¹⁵. En este nuevo

2020]; SUSARLA, A.: «Hate cancel culture? Blame algorithms», *The Conversation*, 28-01-2020. Disponible en: <https://theconversation.com/hate-cancel-culture-blame-algorithms-129402>[06-06-2020].

¹⁴ Por supuesto, el debate no está en si se pueden recabar datos personales sobre movilidad y geolocalización de las personas (porque se puede, sea porque el propio ciudadano da su consentimiento, sea por razones imperiosas de un interés público como podría justificar una pandemia), sino más bien para qué fines se usan y bajo qué condiciones, pues tendrán que asegurarse una serie de garantías, entre ellas la agregación y la anonimización y su supresión cuando el tratamiento no sea necesario, para asegurar el derecho de protección de los datos personales y los principios que lo cimentan, y así estar en pleno cumplimiento de la normativa aplicable. No obstante, a pesar de que grandes expertos que han asegurado en que las inquietudes ciudadanas no están justificadas, ello no ha evitado que muchos españoles hayan tomado esa decisión personal para asegurarse ese derecho a ser dejados en paz, o derecho a la desconexión digital incluso sobre lo que hacen en la vía pública. No hay más que hacer una búsqueda conjunta de los términos 'geolocalización', 'pandemia' y 'móvil' en Twitter. Para las dudas suscitadas por esta práctica y las potenciales soluciones, *vid.* VASCO GÓMEZ, A., «Seguimiento de dispositivos a través de geolocalización y Covid-19», en: *Noticias Jurídicas*, 16-04-2020. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15060-seguimiento-de-dispositivos-a-traves-de-geolocalizacion-y-covid-19/> [06-06-2020]; PIÑAS MAÑAS, J. L., «La protección de datos durante la crisis del coronavirus», en: *Abogacía Española*, 20-03-2020. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-proteccion-de-datos-durante-la-crisis-del-coronavirus/> [06-06-2020], y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «A la muerte por protección de datos», en: *Blog IOPD y Seguridad*, 11-03-2020. Disponible en: <http://lopdysseguridad.es/a-la-muerte-por-proteccion-de-datos/> [06-06-2020].

¹⁵ *Vid.*, por todos, EPINEY, A., «Européanisation et mondialisation du droit: convergences et divergences», en: MORAND, C. A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 147-170; BALAGUER CALLEJÓN, F.,

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

El uso excesivo que hoy se hace de la palabra ‘crisis’, según algunos, ha desgastado la riqueza real de tan característico término, empujándola en una espiral de devaluación imparable (Koninck, 2006: 59). No obstante, resulta verdaderamente apropiado, en una época de crisis global sanitaria inaudita, hablar también de la crisis global, e igualmente inaudita, de la descontextualización digital que han traído consigo las NTIC. Ante desafíos globales, sobre todo los que comprometen y erosionan gravemente los derechos, y por ende, inciden en valores como la libertad, la igualdad y la dignidad, el Derecho, desde todas sus ópticas y disciplinas, debe también responder en sentido global; sin poner freno al progreso en sí mismo, delimitarlo a través de su reglamentación jurídica, y reforzar el estatuto jurídico de la persona, instaurando mecanismos de garantía para el efectivo disfrute de sus derechos más fundamentales. En momentos cruciales y críticos de la historia, la humanidad siempre ha intentado avanzar en la conquista de los derechos y libertades, consensuando, al más amplio nivel, reglas básicas de convivencia y de preservación de intereses comunes.

La globalización, desde un punto de vista económico, ha tenido respuestas claras y concretas a las preguntas y desafíos suscitados en el contexto socio-digital. Este, desafortunadamente, no ha sido el caso desde el punto de vista jurídico-constitucional. La invasión de la privacidad se ha convertido casi en elemento característico de la actual era digital, debido a la universalización en el acceso y uso de las NTIC, así como su inagotable potencial. La regulación jurídica de la informática ha revestido un interés significativo, además de prioritario, debido a que la respuesta jurídica tiende a ir muy por detrás de los problemas tecnológicos, más bien parcheando que resolviendo los retos a los que se va enfrentando. La relación entre el Derecho

«La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo», en: *Revista de derecho constitucional europeo*, 13, 2010, pp. 189-208.

y la Tecnología ha sido ampliamente estudiada (Belda Iniesta, 2019: 149-209). No obstante, a pesar de que el Derecho ha tendido a poner coto tardío a los problemas de «(in)seguridad jurídica» e «(in)seguridad informativa» (Jimena Quesada, 2018: 19), siempre ha intentado avanzar con miras a reconocer nuevos derechos y garantías, a reforzar y proteger mejor los derechos ya existentes, y todo ello siempre en aras de la dignidad, la libertad y la igualdad.

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

El constitucionalismo global se ha entendido por algunos como proyecto defensor de la aplicación de principios y valores universales y constitucionalistas en la esfera jurídica internacional (Peters, 2018: 4), y por otros, como una expresión que va más de los rasgos característicos de la cultura constitucional (Craig, 2001: 128). Se entienda como se entienda, los desafíos son los mismos, y uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho Constitucional global no es otro que el de defender la dignidad humana (Rey Martínez, 2013), el libre desarrollo de la personalidad y una amalgama amplia de derechos fundamentales ante una nueva etapa digital. Tanto la «expansión horizontal» a la que hace alusión Rodotà (2014: 385), como una versión modificada del «vertical domestication» que él tanto rechaza se deben poner sobre la mesa como potenciales soluciones jurídicas a los retos a los que se enfrenta el constitucionalismo global.

El enfoque constitucionalista de la globalización en el contexto del Derecho internacional y europeo, y similar retroalimentación a la inversa, entendiendo el constitucionalismo global como recurso hermenéutico a través de un enfoque no formalista y orientado a la substancia, a la protección de los derechos fundamentales, sugiere que ante un reto global que afecta a categorías universales como es la dignidad humana, lo estatal deberá dar paso a lo supraestatal

(Peters 2007: 306). La respuesta jurídica efectiva ante una Red y una transformación digital sin límites ni fronteras, en definitiva, un hábitat global, requiere, sin lugar a duda, la aplicación de reglas globales. Así el Derecho, en general, y ante la transformación tecno-digital, en particular, debe ser flexible y universal (Sánchez Barrilao, 2016: 230 y Floridi, 2013: 291).

La UE, como parte de ese «Derecho Constitucional total» que busca «nuevos espacios, en particular supra estatales, sobre los que articular nuevas Constituciones», procura solventar problemas, y tiene, «cierta autonomía de las Constituciones normativas y del Estado, al extenderse a espacios tanto supraestatales (internacional y regional, especialmente en Europa) se entiende como efectivo regulador de «una determinada colectividad, más o menos amplia», pasando «a conformarse finalmente de manera compuesta en cuanto que resultante de diversos ordenamientos interrelacionado» (Floridi, 2013: 231-232). En efecto, dada su singular naturaleza, ordenamiento y apuesta por la protección de los derechos y de las personas en situación de vulnerabilidad, el constitucionalismo europeo, como parte de un constitucionalismo global, es un buen punto de partida. A lo largo de esta monografía podremos vislumbrar no solo retos a la protección efectiva de los derechos fundamentales, tanto los clásicos como los emergentes, en tiempo digitales, sino también las diferentes garantías y mecanismos jurídicos a disposición de la persona, como ser inherentemente dotado de dignidad, que actúan como contralímites a los nuevos poderes, ya no tanto estatales, sino de naturaleza más difusa.

A este reto, de por sí complejo, se le suma la búsqueda de fórmulas para paliar el impacto concreto de las NTIC sobre aquellas personas que más se ven afectadas por ellas y que, por ende, requieren de una mayor protección. En otras palabras, la búsqueda de fórmulas ante situaciones subjetivas de vulnerabilidad. En el presente trabajo, se defenderá el derecho al olvido como una de estas garantías, a nivel europeo, aunque, también, con miras hacia una protección allende la organización supranacional, en tanto que su defensa se ha convertido en movimiento mundial a favor de la privacidad, la autodeterminación informativa y la dignidad inherente al ser humano, a través de una apuesta por la minimización y la limitación en la accesibilidad y tratamiento de los datos de carácter personal.

2. La *constitucionalización* de Europa y la *europaización* de la protección de datos

Llegados a este punto, es necesario mencionar la llamada integración constitucional en la Unión Europea («UE», en adelante), o lo que se ha venido llamando la *constitucionalización* de Europa (Mancini, 1989: 595 y Cruz Villalón, 2004: 9), así como una aproximación al constitucionalismo europeo. En lo que se refiere a la primera, Torres Pérez (2011: 160) la ha definido como «el proceso a través del cual el ordenamiento comunitario ha ido adquiriendo rasgos que lo aproximan al ordenamiento de tipo constitucional». Nos desviamos, solo unas páginas, para dar unas pinceladas sobre el proceso de integración europea, necesarias para entender los cambios del clásico constitucionalismo, el contexto en el que navegan los retos del actual, y como botón de muestra del enfoque basado en la dignidad de la persona y en los derechos en el que se enmarca este trabajo.

La Unión Europea ha experimentado un paulatino proceso de integración, con el fin germinal de proteger la dignidad de la persona y asegurar el mantenimiento de la paz en el continente tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial; al principio, mediante una integración económica, pero siempre con miras a una unión político-jurídica. Debemos insistir en que, si bien la UE surgió originalmente con objetivos netamente económicos, gracias a que su premisa siempre fue la de mejorar la calidad de vida para todos¹⁶, ahora constituye una organización política en la que la libertad, la democracia y el respeto de los derechos humanos son factores principales de cohesión (y criterios esenciales de adhesión). De conformidad con los actuales Tratados, los valores como la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos están ciertamente a la vanguardia de la integración europea¹⁷. Como ya hemos sostenido en otro lugar, este proceso de integración se podría calificar como único en el mundo:

¹⁶ *Vid.* Considerando 2 y artículo 2.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18 de abril de 1951. Véase la versión oficial española del Tratado en el BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986, publicada a través del Instrumento de adhesión correspondiente, concretamente en las páginas 340 y siguientes. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1986/01/01/pdfs/A00003-00687.pdf>

¹⁷ *Vid.* art. 2 TUE.

«[...] como consecuencia de un proceso de más de medio siglo, sigue siendo la única instancia en la historia humana donde encontramos un grupo regional profundamente unificado, basado en sus propias premisas ideológico-políticas específicas [...] llamadas valores y objetivos comunes [...] experimento más exitoso hasta la fecha de gobernanza supranacional con el objetivo originario de garantizar [...] la paz en Europa y [...] los derechos humanos (Martínez López-Sáez, 2019a: 319).

Esta unión de Estados con una historia y voluntad política compartida, próxima a los modelos federales¹⁸, también se materializa como una unión de valores y objetivos compartidos; todo lo cual se evidencia en el mismo preámbulo del Tratado de la Unión Europea («TUE», en adelante). Igualmente, cabe recordar que poco tardó el proyecto de integración europea en poner el foco de mira sobre la persona, pues tras el Tratado de Maastricht se reforzó el protagonismo del individuo con el reconocimiento de su estatus como ciudadano europeo. En la actualidad todo ello se aprecia tras una lectura de los tratados fundacionales revisados, y en particular, del preámbulo y del art. 2 TUE. La idea de los derechos como fuerzas unificadoras o elementos integradores no es ajena a las teorías político-constitucionales, afirmando algunos autores la imposibilidad de imaginar una estructura o comunidad política sin la presencia de «un status común básico de derechos de las personas que la componen» (López Guerra, 2011: 19) y asegurando otros que poco existe con «más potencial para integrar que una carta común de derechos» (De Búrca, 1996).

Esto se ve perfectamente reflejado en las consecuencias político-jurídicas que tuvo la adopción y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que modificó los tratados constitutivos y reconoció la naturaleza vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

¹⁸ La UE, a pesar de su vocación federal, no se puede considerar una entidad estatal pues carece de una serie de elementos definitorios de un Estado, entre ellas la falta de plena soberanía. Así, la UE no goza de soberanía, sino que dispone de competencias de atribución (art. 5.2 TUE), disponiendo únicamente de aquellos poderes específicos concretados en los Tratados. No obstante, tal y como se visionó y se ha articulado a través de las últimas décadas, se inspira y se vertebra sobre valores y principios federalistas. *Vid.*, en tal sentido, JIMENA QUESADA, L., y TAJADURA TEJADA, J., «La prehistoria y la historia del derecho constitucional europeo (ensayo de paralelismo con el decurso del derecho constitucional nacional)», en: *Revista de Derecho Político*, 94 (septiembre-diciembre), 2015, pp. 30-31.

Europea («CDFUE», en adelante) elevándola como parte del derecho originario. Esta última se ha considerado un hito, no solo por crear una «Declaración de Derechos Europea», con el reforzamiento de los derechos clásicos y la consagración de muchos nuevos no expresamente reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH», en adelante), sino por insertarla en su estructura dogmática fundacional, haciendo la naturaleza de la Unión Europea mucho más constitucional (Martínez López-Sáez, 2018a: 25).

Lo cierto es que el debate sobre la naturaleza jurídico-política (y por ende, constitucional) de la UE tiene los mismos años que la propia organización. A tal efecto, se podría decir que la UE, tomando en consideración su configuración y corpus normativo constitutivo, como fuentes emanantes de la misma, se rigió, en sus orígenes, por el Derecho Internacional, creándose en un principio como una suerte de organización internacional en la que estados soberanos europeos se asociaban para alcanzar una serie de objetivos comunes y asegurar, así, la paz en el continente¹⁹. No obstante, si observamos su estructura y naturaleza, esta se presenta un tanto más constitucional. Por un lado, los tratados constitutivos, a partir de la reforma del Tratado de Lisboa²⁰, muestran elementos propios de un texto constitucional, reflejados tanto en «partes orgánicas», regulando los distintos poderes y estableciendo el marco institucional y decisorio, como ‘dogmáticas’, consagrando principios rectores así como derechos y libertades ‘fundamentales’²¹, consagrando: «*en un pacto de unión, situaciones subjetivas del individuo con las garantías que le proporcionan los principios del constitucionalismo*» (Cascajo Castro, 2004: 103).

Por otro, no solo emana de ella un Derecho creado por sus instituciones (Derecho secundario o derivado), jurídicamente vinculante y

¹⁹ Ello se ve reflejado en la terminología empleada en el art. 1 del TUE: «*Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea*» (énfasis nuestro).

²⁰ Hay autores que desde antes de la vinculatoriedad de la CDFUE que no han dudado de la existencia de un texto constituyente europeo: *Vid.* DOUGLAS SCOTT, S., «Constituting Europe: In Defence of Public Reason», en: *King's Law Journal*, 12, vol. 1, 2001, p. 75: «*the EU already has some sort of Constitution*».

²¹ Resulta relevante, o al menos anecdótico, la utilización del término derecho «fundamental» en el sistema europeo actual de los derechos humanos. La utilización de «derechos fundamentales», utilizado principalmente en la disciplina del Derecho constitucional, siendo el término «derechos humanos» el preferido en el ámbito del Derecho Internacional.

directamente aplicable a los Estados miembros («EEMM» en adelante), sino que además le reconoce al individuo un estatuto propio (como ciudadano europeo y como sujeto dotado de derechos) y tiene su propio sistema jurisdiccional para dirimir controversias y asegurar la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la UE, incluido su propio sistema de protección de derechos humanos, aunque no reconozca legitimación activa al individuo mediante un mecanismo de demanda similar al instaurado por el CEDH. Al margen de que el sistema normativo de la UE no se cimente, como es habitual, en un pacto social, solemne y escrito, que reciba la denominación de texto constitucional, y a pesar de intentos por engendrar y bautizar uno, como fue el caso de la fallida *Constitución para Europa* de 2004, esto no significa que no exista una constitución europea. Por razones obvias, no podemos atribuirle a dicha organización supranacional la naturaleza de Estado constitucional, ni el carácter de «Constitución formal» a su Derecho primario. Ahora bien, los cambios sustantivos efectuados por el Tratado de Lisboa han hecho posible referirse a la «Constitución europea material» (Bar Cendón, 2004: 100). Así, nos atrevemos a decir que el Derecho Constitucional europeo se construyó sobre la unidad cultural que compartían los Estados y ciudadanos europeos.

En efecto, sea desde la teoría constitucional en sentido estricto como elementos característicos de una constitución (Raz, 1998: 152-154) o bien desde las teorías descriptivas del constitucionalismo (Craig, 2001: 127) no nos cabe ninguna duda de que la UE se ubica como un sistema jurídico intermedio, siendo política y jurídicamente un híbrido entre estado nacional y organización internacional. Según Raz, por ejemplo, para que un texto se le pueda dotar con semejante nombre, deberá cumplir siete requisitos (incluir una división de poderes, estar escrita, dotada de estabilidad y tener mecanismos de defensa frente a su revisión, ser considerada como la *Grundnorm*, ser justiciable y expresar una voluntad e ideología común y compartida). En este sentido, y como he explicado en otro lugar, los siete elementos se ven reflejados en el Derecho primario de la UE (Martínez López-Sáez, 2019a: 345-350). De ahí precisamente deriva su consideración *sui generis* y su clasificación de organización 'supranacional', con un ordenamiento jurídico propio, basado en el pluralismo (cultural, político y, por ende, constitucional) y que, con los años, se ha transmutado, dando pie, hoy en día, al llamado 'constitucionalismo multinivel'. Existe una clara tendencia a una garantía integrada de

los derechos humanos extraída de los varios niveles internacionales (Panzer, 2015: 254).

Así pues, no nos parece en absoluto desacertado adoptar un enfoque constitucional para el examen del proceso de integración europea; así también lo vislumbraba Häberle (2004: 11) al hablar de la UE como «como comunidad constitucional en desarrollo». De una parte, el Derecho Constitucional, aunque ha visto su nombre (para algunos erróneamente) cambiado²², guarda estricta relación con el Derecho Político, pues son, a fin de cuentas, el estudio y las técnicas para estructurar y limitar los órganos del Estado, o, si se prefiere, para articular jurídicamente el poder político. Como hemos visto, el aparato político propio de la UE se ha constituido bajo una «gobernanza supranacional y un elevado grado de multilateralismo», mediante fuerzas intergubernamentales y supranacionales. Nos gusta especialmente la descripción que hace Cascajo Castro (2004: 93) de la UE, como *«una estructura de gobierno multinivel [...] [y como una] democracia compuesta [...] dónde la soberanía está fragmentada y difundida a través de líneas institucionales y territoriales, lo que se traduce en una separación múltiple de poderes, desde el punto de vista institucional, y desde el funcional, en un proceso de toma de decisiones no monopolizable por una sola institución [...] sistema de gobernanza supranacional y un elevado grado de multilateralismo»*.

²² Pérez Royo explica la correspondencia entre el Derecho Político y el Derecho Constitucional, aludiendo a las razones de ese necesario cambio, mientras, Jiménez de Parga la criticaba. *Vid.*, en tal sentido, tanto PÉREZ ROYO, J., «Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales», en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 12 (mayo-agosto), 1992, pp. 233-234: *«la Constitución, sin dejar de continuar siendo el presupuesto político [...] premisa indispensable del ordenamiento, no se queda confinada en esa función, sino que traspasa ella misma la línea divisoria entre la política y el derecho, convirtiéndose, además de en documento político, en norma jurídica, [...] El Derecho Político se convierte en Derecho Constitucional [...] cuando esto ocurre, la Constitución deja de ser simplemente norma orgánica que regula el procedimiento a través del cual se constituyen y actúan los poderes, los órganos del Estado, para pasar a convertirse en una norma, que, además de hacer todo esto, condiciona el ejercicio del poder [...] Las garantías constitucionales son, pues, las que han hecho que el Derecho Político se convierta en Derecho Constitucional»* (énfasis nuestro); como JIMÉNEZ DE PARGA, M., «Del Derecho Político al Derecho Constitucional, y el TC en medio», *ABC*, 10-06-09. Disponible en: <https://www.abc.es/20090610/opinion-tercera/derecho-politico-derecho-constitucional-200906100404.html> [06-06-2020].

Así se ha visto reflejada en la supracitada estructuración, de manera explícita, la voluntad y el pacto originario que fraguaron los EEMM en los Tratados, y que, a día de hoy, fraguan también los ciudadanos europeos a través de las instituciones que velan por sus intereses (el Parlamento Europeo y la Comisión Europea). Por ello, este compromiso político se ha calificado como «*singular «proceso constituyente» del constitucionalismo europeo, manifestado a través de una voluntad de negociación y renegociación a lo largo de un «continuum» constitucional»* (Cascajo, 2004: 99). Por otra parte, la UE también ha visto su estructura político-jurídica nutrida a través de las «comunitarización de los valores propios del constitucionalismo» (Cascajo, 2004: 94), lo que quizá explique el énfasis de algunos autores en hablar no tanto de una unión de Estados sino de una «unión de constituciones» (Cascajo, 2004: 101), y lo que quizá quede fundamentado por el énfasis en las «tradiciones constitucionales comunes» que articulan los propios tratados constitutivos (en especial la CDFUE).

El constitucionalismo europeo, al igual que lo demás ordenamientos de calibre constitucional, no es concebible ni podría existir, sintetizando el enfoque orgánico y dogmático de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, sin los derechos fundamentales. En lo que respecta al reconocimiento y desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos, debemos señalar tres cuestiones principales. En primer lugar, si bien es numerosa la doctrina que ubica los orígenes nacionales europeos del derecho fundamental a la protección de datos en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (Arenas, 2007: 380) consagrando un concepto de la autodeterminación informativa como parte integrante del derecho alemán a la dignidad humana, o bien en las líneas jurisprudenciales francesas sobre la noción de la libertad (Gutwirth et al., 2009), la materialización inicial del derecho a la protección de datos se manifestó en Europa en la década de los años setenta del siglo pasado, con la adopción de vertientes distintas para su regulación y en la década de los años ochenta por las crecientes inquietudes sobre la difusión y perpetuación de todo tipo de datos personales. Concretamente, cabe hablar de dos técnicas normativas: a través de legislaciones *ad hoc* relativas al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y a través de disposiciones de rango constitucional basadas en la protección de libertades y derechos fundamentales (González Fuster, 2015).

No mucho más tarde, aunque sí con carácter previo a la adopción del Convenio n° 108 del Consejo de Europa («CdE», en adelante) sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981²³, la totalidad de Alemania, junto con Suecia y Francia, decidieron regular esta materia con legislación específica (Galetta y De Hert, 2014: 3). En lo que a disposiciones de rango constitucional se refiere, hubo una serie de países que incluyeron referencias específicas a la protección y al procesamiento de datos en sus respectivas Cartas Magnas, o, alternativamente, dotaron de rango constitucional parcial a legislaciones *ad hoc* pre-existentes. La Constitución Española, por ejemplo, introdujo un apartado relativo a la limitación del uso de la ‘informática’ para garantizar el honor de los ciudadanos y la intimidad personal y familiar. Una de las principales novedades que incorporó este texto constitucional fue precisamente la incorporación de un precepto que reconociera, de manera expresa, la protección de las personas frente al uso de la incesante revolución tecno-digital del momento²⁴. En efecto, este precepto constitucional fue la única referencia española sobre protección de datos de la época, y punto de partida obligatorio para su posterior desarrollo, enmarcándose, poco más tarde, en nuestro ordenamiento constitucional, así como en los postulados del Derecho internacional y europeo en la materia.

El resto de países europeos siguieron los pasos de estos Estados pioneros, principalmente por los desarrollos normativos a nivel internacional y europeo relativos al procesamiento de datos de carácter personal, que en última instancia llevó a la adopción de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)²⁵ en 1980 y, dada la ausencia de fuerza vinculante, del supracitado Convenio 108, recientemente actualizado. Este pretendía

²³ El Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37> [06-06-2020].

²⁴ En este sentido, el artículo 18.4 CE establece que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

²⁵ Directrices sobre la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/OCDE-Directrices-sobre-proteccion-de-privacidad-Trad.pdf.pdf> [06-06-2020].

garantizar aquellos derechos y libertades específicamente vinculados al derecho a la intimidad, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal, consagrándose así, a nivel internacional (Serrano, 2003: 93), el concepto de ‘protección de datos’ como la protección jurídica de las personas con respecto al tratamiento (automatizado) de datos personales concernientes a una persona²⁶. Por ello, no es de extrañar que se haya considerado la «*base del marco legal internacional para la protección de datos personales*» no solo en países europeos firmantes, sino también como inspiración para la adopción de normativas y políticas más allá de las fronteras del continente europeo (Tomás Mallén, 2019: 59).

De este modo, se presenta como norma de obligada referencia en clave *iusfundamental*, puesto que constituye el primer texto a nivel europeo que consagra este derecho. Aun así, hay autores que prefieren remontarse a textos internacionales tales como las resoluciones de la Asamblea General del CdE como el «*germen legislativo del marco jurídico europeo*» (Palma, 2018: 12-13). En realidad, como ya anunciaba en otro lugar (Martínez López-Sáez, 2018a) el Convenio 108 es un instrumento jurídico trascendental por dos motivos principales: en primer lugar, no solo es el pionero, sino que sigue siendo el único instrumento internacional legalmente vinculante en materia de protección de datos (a salvo, lógicamente y con los debidos matices, el más reciente transnacional Reglamento General en la materia adoptado en el seno de la UE) y, en segundo lugar, constituye un paso clave en el desarrollo del Derecho material, pues alude a la relación entre el tratamiento de datos personales y conceptos constitucionalmente protegidos, vinculando la vida privada, consagrada en el artículo 8 CEDH, con la privacidad inherente a la protección de datos de carácter personal. No obstante, la justificación de su elaboración y posterior adopción fue la manifestación de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales en Europa compartían los mismos principios fundamentales en relación con la protección de datos, y, al mismo tiempo, existían disparidades impropias de los objetivos comunes de unidad y protección de los derechos humanos reconocidos. El Conve-

²⁶ Vid. Informe explicativo del Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (p. 1). Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca434> [06-06-2020].

nio 108, en efecto, según extrapolamos de su preámbulo, representa el punto de partida de cooperación transnacional y de homogeneización en materia de protección de la vida privada de las personas.

La adopción del Convenio 108 se puede calificar, sin lugar a dudas, como uno de los grandes hitos en el desarrollo de normas sobre el tratamiento de datos de carácter personal a nivel europeo, y sus principios sirvieron como base para toda la legislación europea y nacional posterior. Sin embargo, a pesar de su éxito y relevancia, con la ratificación de todos los Estados de la UE, así como por su influencia en la regulación nacional de la materia, cabe adelantar que el Convenio se ha visto envuelto en una extensiva y necesaria «modernización»²⁷, o si se prefiere, reconsideración. Esto se ha justificado con el acertado argumento de que el derecho a la protección de datos ha adquirido un significado autónomo, independiente y principal en las últimas décadas, lo que ya se ha manifestado sobradamente, tanto en las reformas del derecho originario de la UE, en el derecho derivado, así como en la jurisprudencia del TEDH. Como resumía Jimena Quesada (2019: 590-591) del informe explicativo, «en la evolución del sistema, además de esa pretendida retroalimentación a escala internacional, el objetivo del Convenio 108+ se acomete en términos de modernizar y mejorar el Convenio 108 teniendo presentes los nuevos desafíos en la materia desde la adopción de dicho tratado en 1981». Recordemos que el Tratado de Lisboa revisó los tratados constitutivos e incorporó la CDFUE como parte del derecho originario, otorgándole naturaleza jurídicamente vinculante. Así, el Convenio 108 ha visto completado su proceso de modernización a través del Protocolo adoptado el 18 de mayo de 2018, abierto a la firma el 10 de octubre de 2018²⁸. Tras esta necesaria «modernización», el nuevo Convenio («Convenio 108+», en adelante, según su Protocolo

²⁷ El proceso de revisión se inició en enero de 2011, pues se consideraban necesarias ciertas modificaciones y se barajaba la posibilidad de incluir una referencia explícita a un derecho a la protección de datos, una mención al principio de que toda persona tiene derecho a controlar sus propios datos y el uso que se hace de ellos, así como la plasmación de la necesidad de asegurar y garantizar el respeto a los derechos y libertades fundamentales, de manera particular el derecho a la intimidad como objetivo principal. De hecho, desde 2016 contábamos con una versión consolidada del borrador del Convenio modernizado (<https://rm.coe.int/16806a616c>) [06-06-2020].

²⁸ Disponible en: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>[06-06-2020].

de enmienda²⁹) sobre la protección de datos reemplaza al Convenio 108 como norma internacional y actualizada, reguladora de la protección de datos. Cabe anunciar que el pasado 28 de enero de 2021, España ratificó esta versión modernizada.

Antes de examinar las principales novedades y aspectos más significativos de la modernización de este convenio, tal y como ha destacado el propio CdE³⁰, merece la pena, al menos aludir a la ampliación de su preámbulo. Así, la versión modernizada añade que las partes contratantes consideran requisito indispensable para garantizar la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales y la autonomía personal, vista la globalización y masificación del tratamiento e intercambio masivo de información, reconocer un derecho a la protección de datos de carácter personal. Asimismo, reconoce por primera vez que este derecho digital y autónomo debe tomarse en consideración en cuanto a su rol en la sociedad actual, debiéndose conciliar con otros derechos y libertades igualmente fundamentales, para promover, a nivel mundial, los valores fundamentales del respeto a la privacidad y a la protección de los datos personales para así contribuir a un mejor sistema de libre circulación de la información entre los pueblos. En palabras de Jimena Quesada (2019: 590), uno de los objetivos *«en la evolución del sistema [...] [era una] pretendida retroalimentación a escala internacional»*.

En lo que respecta a los aspectos más sobresalientes introducidos en aras a dotarlo de mayor efectividad, el Convenio 108+ prevé la posibilidad de adhesión de la UE y de organizaciones internacionales³¹, con el fin de asegurar adecuadas garantías en la transferencia internacional de datos; esto ya se ha visto reflejado no solo en la firma del mismo por países terceros fuera del continente europeo³², sino también por la insistencia del Consejo Europeo en que la organización supranacional de 28 lo ratifique³³. Al mismo tiempo, se

²⁹ Así se ha renombrado tras su protocolo de enmienda.

³⁰ Extraído del documento «The modernised Convention 108: novelties in a nutshell» elaborado por el propio Consejo de Europa. Versión en inglés disponible en: <https://rm.coe.int/modernised-conv-overview-of-the-novelties/16808accf8> [06-06-2020].

³¹ Art. 27 del Convenio 108+.

³² Son 7 los estados miembros de terceros países, uno de los cuales (Uruguay) ya ha procedido a la firma del mismo. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>[06-06-2020].

³³ *Vid.* Decisión del Consejo 2019/682 de 9 de abril de 2019 por la que el Consejo Europeo adoptó la decisión autorizando los Estados miembros para

ha ampliado la definición de dato personal, incorporando los datos genéticos, biométricos y aquellos relacionados con la afiliación sindical y el origen étnico³⁴. También se han fortalecido los requisitos de proporcionalidad, los principios de minimización de datos y legitimidad del tratamiento³⁵, se ha otorgado mayor transparencia en el tratamiento de los datos personales y mayor responsabilidad a los responsables de dicho tratamiento³⁶. Adicionalmente, se ha impuesto una obligación de notificación en caso de brechas de seguridad³⁷ y la aplicación de mecanismos técnicos pro-privacidad por diseño³⁸, se han ampliado los derechos otorgados a los interesados en el contexto de toma de decisiones automatizadas³⁹, se ha establecido un régimen coherente para los flujos de datos personales transfronterizos⁴⁰ y se han fortalecido las facultades de las autoridades independientes de protección de datos, sobre todo en lo concerniente a la cooperación internacional en la materia⁴¹. Conjuntamente, aunque ya existía un mecanismo encargado de la supervisión y monitoreo (llamado «Comité Consultivo»⁴²) y sus funciones no han cambiado sustancialmente, no cabe duda de que la extensión del artículo equivalente muestra que estas funciones se han ampliado para dejar de ser un órgano meramente consultivo⁴³.

«ratificar, en el interés de la Unión», el Protocolo de enmienda del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de sus datos personales, en tanto en cuanto las «disposiciones del mismo son competencia exclusiva de la Unión». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:115:FULL&from=NL> (p. 7) [06-06-2020].

³⁴ *Vid.* art. 6 del Convenio 108+.

³⁵ *Vid.* art. 5 del Convenio 108+.

³⁶ *Vid.* arts. 8 y 10 del Convenio 108+.

³⁷ *Vid.* art. 7.2 del Convenio 108+.

³⁸ *Vid.* art. 10.2 del Convenio 108+.

³⁹ *Vid.* art. 9.1(a) del Convenio 108+.

⁴⁰ *Vid.* art. 14 del Convenio 108+.

⁴¹ *Vid.* arts. 15-17 del Convenio 108+.

⁴² *Vid.* art. 22 del Convenio 108+.

⁴³ Manteniendo las tres funciones principales, recogidas en el art. 23 del Convenio 108+: (a) formular recomendaciones en aras a facilitar o mejorar la aplicación del Convenio; (b)(c) presentar propuestas de enmienda o emitir opiniones acerca de cualquier propuesta de enmienda; (d) y expresar su opinión acerca de cualquier cuestión relativa a la aplicación del mismo, y añadiendo toda una serie de facultades como órgano de supervisión y monitoreo como (d) realizar opiniones acerca de la interpretación del Convenio;

Si bien el contenido del *ex art.* 11 no ha cambiado, ahora reconducido al art. 13 de la versión modernizada, resulta incuestionable que la efectividad y los mecanismos de garantía, en virtud del principio *favor libertatis*, se ven recogidos por una cláusula de protección más amplia, que reza lo siguiente: «*Ninguna de las disposiciones del presente capítulo se interpretará en el sentido de que limite la facultad, o afecte de alguna otra forma a la facultad de cada Parte, de conceder a las personas concernidas una protección más amplia que la prevista en el presente Convenio*». La ‘transversalidad’ (Tomás Mallén, 2019: 61 y 85) de este principio se analizará con más detenimiento en la parte especial de este trabajo con respecto al derecho al olvido y los colectivos más vulnerables.

En segundo lugar, en cuanto al reconocimiento y la regulación del derecho a la protección de datos de carácter personal en la UE, este se refleja tanto en su Derecho originario como derivado. Aunque el TUE hace una mención a este derecho, lo articula por vía de remisión y como excepción al procedimiento genérico del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE», en adelante)⁴⁴. De

(f) a petición de un estado miembro, parte interesada o una organización internacional, evaluar si el nivel de protección de los datos personales está en conformidad con las disposiciones del Convenio y proponer medidas para alcanzar su cumplimiento; (g) desarrollar modelos estandarizados de garantía; o (i) facilitar la resolución amistosa de controversias relacionadas con la aplicación del Convenio. Con respecto a los penúltimos, la habilitación de facultades de evaluación del cumplimiento del Convenio supone la inclusión, en el marco de la UE, de la concurrencia de otros órganos de evaluación como son la Comisión Europea o el Supervisor Europeo de Protección de Datos, conjuntamente o delegando en el Comité Europeo de Protección de Datos.

⁴⁴ Además, en su artículo 39 establece que: «*De conformidad con el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y no obstante lo dispuesto en su apartado 2, el Consejo adoptará una decisión que fije las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente capítulo, y sobre la libre circulación de dichos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes*». La incorporación de este artículo en el capítulo relativo a las disposiciones específicas sobre la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) es una novedad, pues se prevé que, mediante la adopción de una decisión, el Consejo podrá establecer normas sobre el tratamiento de datos personales por parte de los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en la PESC. Esta disposición constituye una excepción al procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 16

manera más exhaustiva, y en lo que nos interesa, el artículo 16 de este instrumento de derecho constitutivo consagra una competencia general de la UE para legislar en materia de protección de datos⁴⁵. De este modo, se establece el derecho de proteger los datos personales y se concreta que la UE tiene competencias legislativas específicas (en concreto, reglamentos y directivas) sobre la protección de las personas, respecto al tratamiento de sus datos personales, convirtiéndola, por tanto, en una nueva competencia de la UE, ofreciendo a las instituciones europeas una nueva base jurídica, dedicada expresamente a la adopción de la legislación en el sector de la protección de las personas físicas, por lo que respecta al tratamiento de datos personales.

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

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

⁴⁵ Al disponer que: «Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan [...] El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea».

Mientras se avanzaba en el proyecto europeo, modificando los tratados constitutivos, en el 2000 se adoptó la CDFUE en la que, a través de una síntesis, para algunos una suerte de «consolidación imposible» (Ruiz de Miguel, 2003: 6), de las tradiciones constitucionales comunes, así como a través de los compromisos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, se incorporaron, en un solo texto, y «de modo ciertamente completo» todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, además de nuevos derechos que trascendían «las clásicas formulaciones de los textos constitucionales e internacionales» (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2007: 252). En otras palabras, se consagró, por primera vez en la UE, un exhaustivo y pretencioso catálogo de derechos, designados y reconocidos como fundamentales⁴⁶, equiparaba todos los derechos, superando así las barreras de la clásica y errónea jerarquización o priorización entre categorías (comúnmente conocidas como generaciones) de derechos, consagrando también el principio de la indivisibilidad de los derechos. Aunque la CDFUE fue elaborada por una Convención⁴⁷, no se le confirió un efecto vinculante, como ya se dijo, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007, que modificó los Tratados y alteró su estado, convirtiéndola en una carta de derechos jurídi-

⁴⁶ Según su preámbulo, la Carta tiene como objetivo «*reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*» y reafirmar «*respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*».

⁴⁷ E incluso antes de su incorporación al derecho originario, se consideró que su particularidad residía en que era «*directriz para la política de los derechos fundamentales e indicador de los valores fundamentales comunes y, al mismo tiempo, proporcionar una base normativa fiable y coherente [...] va a adquirir una importante función como documento político-constitucional en el discurso político, y ello no solo desde la perspectiva de los órganos sino también desde la de los ciudadanos*». Vid. WEBER, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (trad. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L.), en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64 (enero-abril), 2002, p. 81.

camente obligatoria y otorgándole el mismo valor que los demás tratados constitutivos⁴⁸.

Este avance se puede calificar de simbólico e importante en el proceso de *constitucionalización* de la UE (Cruz Villalón 2004: 9), pues no solo dota de mayor visibilidad a los derechos fundamentales a través de la consagración de un texto dogmático, sino que también constituyó la génesis de la protección multinivel de los derechos fundamentales en el marco de la integración jurídica europea (Lanzoni, 2012: 575 y Douglas-Scott, 2011: 651). De tal modo, la CDFUE, a pesar de no tener un ámbito de aplicación universal, representa, nada más y nada menos que la indivisibilidad de los derechos humanos, apoyada por su uso directo e indirecto por parte del TJUE y el juez nacional, en la interpretación de los derechos clasificados como ‘fundamentales’, por vía de la aplicación directa del Derecho de la UE o por vía del conocido «diálogo entre tribunales» (Vergottini, 2010). Esto último lo veremos con más detenimiento en el *Capítulo VI*, dedicado, en parte, a las garantías jurisdiccionales europeas.

De tal suerte, la CDFUE no solo garantiza el respeto a la vida privada y familiar en su artículo 7, derechos indirectamente vinculados a la intimidad y privacidad en el ámbito informático, sino que también establece el derecho a la protección de datos en su artículo 8⁴⁹, gozando este bien jurídico protegido de su propio precepto, consagrando, de manera explícita, su naturaleza de derecho fundamental y elevando, de manera significativa, su protección en el ordenamiento jurídico europeo. La coexistencia de ambos preceptos puede justificarse, como explica Martínez Martínez (2004: 219), como conciliación entre los dos grandes enfoques de regulación de dicho derecho por los Estados Miembros (compromiso entre aquellos ordenamientos y tradiciones jurídicas que reconocían el derecho a la protección de datos como intrínsecamente ligado a la privacidad e intimidad, y aquellos que reconocían el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental independiente y autónomo). A pesar de que muchos Estados Miembros, como se ha mencionado anteriormente, ya habían reconocido el derecho a la protección de datos, la CDFUE

⁴⁸ *Vid.* artículo 6, apdo. 1, del TUE, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

⁴⁹ Una reflexión curiosa es la inclusión de este derecho, inmediatamente después del derecho a la vida privada y familiar, reforzando así su vinculación inherente.

fue el primer catálogo supranacional de derechos que consagró este, escindiéndolo o discerniéndolo del derecho al respeto a la vida privada o intimidad. Concretamente, el solemne reconocimiento del art. 8 CDFUE establece no solo la dimensión positiva de este derecho (poder de control) sino también la dimensión negativa (principios que limitan el tratamiento).

Por tanto, la CDFUE no solo menciona expresamente un derecho (fundamental) a la protección de los datos de carácter personal⁵⁰ (Art. 8.1), sino que también hace referencia a los principios clave en materia de protección de datos (Art. 8.2) y garantiza el control de la aplicación de dichos principios por parte de una autoridad independiente que será designada en virtud de la misma y de los tratados (Art. 8.3). Este artículo ha venido siendo considerado por la doctrina una innovación. De hecho, su consagración como tal en la CDFUE se ha calificado por González Fuster (2014: 1) como un «derecho innovador de genealogía mixta. Esto ha producido, para la regulación y protección de los datos de carácter personal, una suerte de giro copernicano, aunque matizando su calificación de novedoso dado que no surgió *ex nihilo*, sino que venía desarrollándose a partir de normativa internacional y tradiciones constitucionales internas (Piñar Mañas, 2009: 93), y otros lo consideraron deficitario y problemático. Ruiz de Miguel (2003: 10), por ejemplo, aludía a los problemas de la Carta, en tanto en cuanto, por ejemplo, no establecía un estatuto jurídico único para la protección de los datos personales, sino «más bien una multiplicidad de regímenes, todos ellos válidos, cuya aplicación eventualmente se solapa». Si bien es cierto que la CDFUE no proporciona una definición completa, pues se limita a establecer y reconocer el derecho de toda persona a la protección de sus datos personales y a concretar bajo qué principios se deberá garantizar este derecho⁵¹, no deja de ser, gracias a la expansión jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el instrumento europeo más citado para

⁵⁰ Conviene recordar la cronología, pues la adopción de la CDFUE fue posterior a la adopción de la Directiva 95/46/CE, siendo esta última, originariamente, el primer texto jurídico de la Unión que estableció un derecho a la protección de datos.

⁵¹ Esto se explica teniendo en cuenta que, al haber sido adoptada varios años después de la Directiva de protección de datos, se entiende que el artículo 8 de la CDFUE recoge toda la legislación de la UE preexistente en materia de protección de datos.

la efectividad de los derechos fundamentales, en general, y el derecho a la protección de datos, en particular, en el seno de la UE.

El Tratado de Lisboa, en este sentido, introdujo estas dos innovaciones importantes en relación con el derecho a la protección de datos de carácter personal. En primer lugar, la atribución de una competencia específica a la UE en esta materia y el reconocimiento de un derecho individual de cada persona a proteger aquellos datos de carácter personal que les conciernen. En segundo lugar, incluyó la CDFUE como parte del Derecho originario, con el mismo valor que los tratados constitutivos, reconociendo un derecho a la protección de datos de carácter personal autónomo e independiente del derecho a la vida privada y protegido por una norma vinculante⁵². A pesar de tener bases jurídicas en el Derecho originario, también encontramos normativa, de carácter derivado que regula el derecho a la protección de datos de manera específica y exhaustiva.

A continuación, y sin entrar a valorar la evolución normativa europea (Martínez López-Sáez, 2018a), se analizará de manera exhaustiva el RGPD que renueva todo el marco regulatorio en el seno de la UE en materia de protección de datos y que resulta de aplicación directa en todos los Estados Miembros desde el 24 de mayo de 2016, aunque entró en vigor en 2018. Además, desde la perspectiva de la gobernanza europea, y a título meramente indicativo, haremos un examen sucinto de la normativa especial aplicable al tratamiento de datos personales que realicen las autoridades y agencias en los sectores policial y judicial, la llamada *Directiva Policial* de 27 de abril de 2016, y aquel tratamiento efectuado por las propias instituciones y órganos de la UE, que hemos decidido llamar el *Reglamento Institucional de Protección de los Datos* de 23 de octubre de 2018.

El RGPD⁵³ ha derogado y sustituido el marco armonizador normativo. La necesidad de una modernización en el aparato jurídico

⁵² No obstante, cabe destacar que parte de la doctrina constitucionalista ha criticado que, a pesar de otorgar una mayor apariencia constitucional, dicho hito no ha proporcionado un nivel más generoso de protección y de disfrute de los derechos fundamentales. Para un análisis más específico al derecho objeto de estudio, *vid.* GONZÁLEZ FUSTER, G., y GELLERT, R., «The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right», en: *International Review of Law, Computers and Technology*, 26, vol. 1, 2012, p. 75.

⁵³ 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

relativo a la protección de datos es evidente: la Directiva de protección de datos se adoptó en un momento en el que el desarrollo de la innovación tecno-digital, y concretamente de la Red, estaba en una fase incipiente, mientras que los retos planteados en el entorno digital actual requieren de normas uniformes y eficaces para garantizar los derechos más fundamentales en riesgo, no previstos en el siglo anterior. Este nuevo marco jurídico ha comportado una revisión global del sistema europeo de protección de datos, tanto en el ámbito formal como sustantivo dado que se decide regular la reforma mediante un Reglamento y se abordan nuevos retos y problemas no debidamente regulados con anterioridad. En efecto, la falta de armonización de legislaciones hasta la fecha, así como la ausencia de garantías jurídicas para el ejercicio efectivo del derecho a la protección de los datos de carácter personal, han abocado a la necesidad de dar un paso hacia delante. El RGPD supone, por tanto, un refuerzo del derecho a la protección de datos como pilar básico de las garantías y libertades en Europa y pretende alcanzar una verdadera armonización, en todo el territorio de la UE, en materia de protección de datos, mediante el uso de una norma única, de aplicación directa y con efecto homogeneizador en todos los Estados Miembros, con un doble fin: alcanzar un nivel coherente de protección en todo el territorio y evitar aplicaciones fragmentadas y divergencias normativas que dificulten la libre circulación y protección de los datos de carácter personal. Así pues, se analizará de manera exhaustiva la nueva normativa vigente relativa a la regulación del procesamiento de datos de carácter personal y a los parámetros de protección de dicho derecho fundamental.

Aunque existen argumentos a favor de que el RGPD ha supuesto «un antes y un después» (Murillo de la Cueva, 2019a: 181), decir que el recientemente adoptado RGPD cambia el marco de protección de los datos de carácter personal en Europa sería una afirmación un tanto simplificada. En palabras de García Mahamut (2019: 98) *«afirmar que el RGPD europeiza el derecho a la protección de los datos personales constituye una especie de verdad a medias»*, dado que, como se ha podido apreciar, la *europeización* de este derecho emergente se ha ido produciendo desde la década de los años ochenta. El pro-

datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN\[06-06-2020\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN[06-06-2020]).