

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL OLVIDO DIGITAL: PIEZA CENTRAL, PERO, ¿SUFICIENTE?

ALEJANDRO ARAQUE GARCÍA

En esta materia, sin ninguna duda, se encuadra el aforismo latino *ubi societas, ibi ius* ya que ha sido fundamentalmente el desarrollo creciente y constante de Internet el que ha incrementado no solo las potenciales aplicaciones para nuestra vida profesional y privada, sino también, los riesgos para ambas y para la sociedad en general, debiendo desarrollar también una serie de instrumentos que permitan esa tutela individual frente a las consecuencias indeterminadas y desconocidas de que nuestros datos estén en la red, en miles de sitios, cuanto menos. Concretamente nos referimos al derecho a la protección de datos y el olvido digital.

Decía Stefan Zweig en “Fouché: el genio tenebroso” que *la información lo es todo, en la guerra como en la paz, en la política como en la economía. El Poder no se funda, en la Francia de 1799, en el terror, sino en la información.* Pues bien: tal frase es perfectamente trasladable a nuestra sociedad del 2021 ya que quien sabe, tiene poder y control sobre los demás, en multitud de aspectos: tanto en la guerra como en la paz, para saber posiciones, enemigos potenciales incluso antes de que se expresen externamente, tácticas y planes, etc. Además, en el campo de la política y economía también tiene una presencia fundamental ya que permitirá dirigirse a una parte concreta del electorado de determinada manera, conociendo sus gustos, temores, deseos... Es lo que habitualmente se conoce como *Big data* o minería de datos, ya que, aunque aisladamente nuestra actividad virtual puede parecernos estrictamente solo eso, va mucho más allá. Es nuestro consentimiento, aparentemente expreso, el que permite a los sitios web comerciar con nuestros datos para “poder ofrecernos lo que queremos”, es decir, nos conocen casi mejor que nosotros mismos: por lo que compramos, por lo que seguimos, por lo que leemos, etc. sobre todo gracias al desarrollo de la inteligencia artificial.

Por ello, en primer lugar, analizaremos la protección de datos en el ámbito de la UE y de España, de tendencia paralela, como derecho individual autónomo que permitirá hablar de esa *autodeterminación informativa* de la que hablara el Tribunal Constitucional alemán allá por 1983 tal y como se refleja en el ámbito positivo del Reglamento General de Protección de Datos personales (2016, UE) la Ley Orgánica de Protección de Datos (2018, España) y en varias sentencias de nuestro Tribunal Constitucional. Aquel, ha permitido un nivel homogéneo de tutela en todos los países de la Unión, al suponer la utilización de tal instrumento normativo, en la cúspide de la pirámide jerárquica del ordenamiento comunitario después de los tratados fundacionales, si bien se permite a los países adaptarlo a sus particularidades nacionales, tal y como hace España al aprobar la ley orgánica, aunque, como veremos, es casi igual en su contenido.

En segundo lugar, estudiaremos una concreción de la protección de datos, que podríamos considerar como la consecuencia última de ese control sobre toda la

información nuestra que *dejamos* en multitud de sitios: el olvido *ex nunc*, pero especialmente *ex tunc*, lo que plantea diversos problemas no solo de hecho, sino de derecho, que es lo que nos atañe. Es este olvido un derecho, o no, en formación gracias a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que permitirán discernir si estamos ante un verdadero derecho autónomo o ante una mera consecuencia de otros.

Esta materia tiene una actualidad indudable, no solo jurídica por la reciente aprobación del Reglamento comunitario y la LO, sino también para el día a día de las personas, que prestamos nuestro consentimiento aparentemente expreso y estando informados, pero la realidad es que nunca leemos las muchas condiciones para navegar en los distintos sitios webs que visitamos a diario. Por tanto, es esencial delimitar y analizar en profundidad estos derechos que tenemos no en calidad de consumidor, que sería una parte de la tutela en el ámbito de la *Common Law* de EEUU, aunque también tiene una influencia indudable la jurisprudencia del *SCOTUS*, que ha tardado en equipararse a la europea a pesar de los antecedentes tan consolidados que tenía; sino en calidad de individuo y que en nuestro ordenamiento se encuadra en el artículo 18.4 CE con la protección que ello implica. No obstante, especialmente respecto al olvido digital, la doctrina y la jurisprudencia aún tienen mucho que aportar, hasta llegar a una delimitación definitiva que permita saber si se puede *obligar* a otros a olvidar aquello respecto a lo que dimos nuestro consentimiento o también respecto a lo que no dimos, con los peligros que ya algunos alertan para no caer en tentaciones *distópicas* como algunos autores han tenido ocasión de representar: véase *1984* de Orwell con su reescritura de la historia.

PALABRAS CLAVE: protección de datos, olvido digital, autodeterminación normativa, RGPD, privacidad, consentimiento.