



## La construcción social de la memoria en europa: una prospectiva jurídica<sup>1</sup>

Leyre Burguera Ameave

### 1. Introducción

Recientemente, la Comisión Europea ha hecho pública la “Estrategia Europea de Datos” para los próximos años<sup>2</sup>. En ella nos recuerda como las tecnologías digitales han transformado nuestra economía y nuestra sociedad, afectando a todos los sectores de actividad y a la vida diaria de todos los europeos. Los datos se han situado en el centro de esta transformación con una progresión imparable. De modo que, en una sociedad en la que las personas generarán cantidades cada vez mayores de datos, nos advierte que, la manera en que se recojan y utilicen esos datos determinará nuestro futuro. Un futuro en el que los intereses de la persona deben situarse en primer lugar, de conformidad con los valores, los derechos fundamentales y las normas europeas.

Tanto esta declaración de intenciones como mucha de la política y la normativa europea que articula el “espacio europeo de datos” están impregnadas por una fuerte impronta economicista<sup>3</sup> y la configuración del ejercicio y las garantías de los derechos afectados por la visión de este espacio quedan condicionados por un enfoque claramente individualista.

Las innovaciones tecnológicas tienen y van a tener importantes implicaciones en el desarrollo vital de las personas que deben analizarse no solo desde perspectivas científico-técnicas sino que requieren de su interpretación desde el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Hoy en día son muchos los datos que son objeto de estudio del Big Data, pero esos datos estáticos del presente necesitan ser abordados desde una perspectiva multifocal capaz de incidir en su calidad y valor, así como en su puesta en conexión con otros datos, con los factores externos que condicionan su producción, pero sobre todo con las repercusiones sociales de su control y utilización.

Precisamente, el olvido digital, ha sido objeto de un notable interés científico en los últimos años. Examinar y determinar nuestra presencia en el entorno digital ha supuesto tener una sensación constante del presente permanente, difícilmente controlable en un tiempo inmediato, del que el sujeto se sustrae sin pensar en el mañana.

---

Leyre Burguera Ameave, Universidad Nacional de Educación a Distancia, lburguera@der.uned.es

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación: “La construcción social de la identidad colectiva en Internet: el derecho a la memoria digital (DigitalMemoryRight)”, en la convocatoria *Independent Thinking-Jóvenes Investigadores* 2018 UNED.

<sup>2</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN> Publicada el 19/2/2020.

<sup>3</sup> Es preeminente el empleo de “mercado único de datos” frente a “espacio europeo de datos” a lo largo de todo el texto: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN> Ver por ejemplo, p.14.

La atención apresurada por olvidar, por configurar jurídicamente un derecho al olvido, ha motivado el interés por preguntarnos qué implicaciones o efectos puede llegar a tener dejar de tener memoria en el entorno digital que hoy en día constituye nuestro presente. Y como su disposición individualizada puede llegar a afectar o condicionar la construcción social de la realidad. Si autodeterminamos nuestra presencia en este contexto en base a nuestro propio interés y la experiencia personal de la dimensión subjetiva del tiempo, ¿qué recordaremos?

A nuestro juicio, si la identidad es un fenómeno que surge de la dialéctica entre el individuo y la sociedad (Berger y Luckmann 2011: 215) nos encontramos ante una oportunidad para reflexionar y configurar un espacio de creación de una identidad común gracias a la tecnología. Se tratar de abordar, a partir del escenario actual de incertidumbre, la necesaria articulación de mecanismos jurídico-políticos para preservar una memoria colectiva digital.

## 2. La dimensión subjetiva del recuerdo en un no-lugar

La memoria reúne, ordena y conforma nuestra vida, dándole sentido al presente más inmediato y proyectándose sobre el futuro.

La memoria se configura como la capacidad de recordar algo que ha ocurrido en el pasado, somos lo que recordamos que fuimos. Y en ese proceso nunca estamos solos.

Maurice Halbwachs, en su obra la memoria colectiva, apuesta por un análisis colectivo y no meramente individual del acto de recordar:

[...] si la memoria colectiva obtiene su fuerza y duración al apoyarse en un conjunto de hombres, son los individuos los que la recuerdan, como miembros del grupo. De este amasijo de recuerdos comunes, que se basan unos en otros, no todos tendrán la misma intensidad en cada uno de ellos. Cabe decir que cada memoria individual es un punto de vista sobre la memoria colectiva, que este punto de vista cambia según el lugar que ocupa en ella, y que este mismo punto de vista cambia según el lugar que ocupó en ella y que este mismo lugar cambia según las relaciones que mantengo con otros entornos. Por lo tanto, no resulta sorprendente que no todos saquen el mismo partido del instrumento común. Sin embargo, cuando tratamos de explicar esta diversidad, volvemos siempre a una combinación de influencias que son todas de tipo social (Halbwachs 2004: 50).

La memoria individual, la dimensión subjetiva del recuerdo, no sería sino una intuición sensible que, en palabras de Blondel, es un preámbulo indispensable, una condición *sine qua non* para conformar una memoria común con interferencias sociales complejas (Blondel 1926: 296). Así, y siguiendo a Halbwachs,

[...] Entre los recuerdos que evocamos voluntariamente y aquellos en los que parece que no tengamos ya influencia, encontramos en realidad todos los grados. Las condiciones necesarias para que unos y otros reaparezcan no difieren por su grado de complejidad. Están siempre a nuestro alcance porque se conservan en grupos en los que somos libres de entrar cuando queramos, en pensamientos colectivos con los que guardamos siempre una estrecha relación, aunque todos sus elementos, todos los vínculos entre estos elementos y los episodios más directos de unos y otros nos son familiares (Halbwachs 2004: 49).

Se trata en definitiva de una compleja red de interferencias, de retazos, en los que la noción de marco social deja de ser una noción simplemente objetiva para convertirse en una dimensión inherente al trabajo de rememoración (Ricoeur 2010: 160). En esa tarea, Halbwachs realiza una denuncia a la atribución ilusoria del recuerdo a nosotros mismos cuando pretendemos ser sus poseedores originarios:

[...] por estas vías, por estos senderos ocultos, recuperamos los recuerdos que nos pertenecen, del mismo modo que un viajero puede considerar como suyo propio un manantial, un grupo de rocas, un paisaje al que sólo se llega saliendo del camino, tomando otro camino por una senda mal abierta y no frecuentada. Los esbozos de este camino de cruce están en ambas vías, y los conocemos: pero hace falta prestar cierta atención, y quizás tener cierta suerte, para encontrarlos, y podemos recorrer muchas veces uno y otro sin buscarlos, sobre todo cuando no podemos contar con los transeúntes que siguen alguna de estas vías para que nos los indiquen, porque no les preocupa ir adonde les conduzca la otra (Halbwachs 2004: 49).

Precisamente desde esta perspectiva de la memoria hecha de retazos, de diferentes vías de acceso, de grupos y perspectivas, se enmarca muy bien la incipiente preocupación por cómo la introducción progresiva de Internet en la cotidianidad de tantos usuarios y los cambios de paradigmas comunicativos que ha traído consigo, ha tenido y sigue teniendo consecuencias no siempre deseadas en el ámbito de la privacidad pero también en la construcción social de la memoria.

Hasta ahora, y de forma primordial, se han articulado herramientas normativas para que sea el propio individuo, en base a su interés legítimo, el que determine su presencia en la red<sup>4</sup>. Los datos y sus conexiones, quedan en manos de la percepción subjetiva del individuo, dejando a un lado las implicaciones sociales que ello puede conllevar en el futuro para la conformación de una memoria colectiva.

Además, esta circunstancia se agrava, en parte, por la dificultad de arbitrar medidas en un marco espacio-temporal difuso. ¿Qué ocurre cuando el recuerdo ya no se sostiene en un espacio esencialmente físico?, ¿constituye internet un no-lugar para el recuerdo?

Debemos tratar de configurar política y jurídicamente un espacio de encuentro y recuerdo. Solo si preservamos la memoria, sostendremos nuestra propia identidad y la protegeremos del desdibujamiento que el olvido puede ocasionar en nuestro propio devenir como comunidad dentro de un entorno digital que se nos antoja incierto.

### 3. La comprensión retrospectiva de nuestra identidad: olvido y memoria

La dicotomía memoria y olvido, son dos nociones o ideas cuya configuración requiere de la presencia significativa de la otra para dotarle de pleno sentido. No en vano, al realizar una inicial búsqueda en el diccionario de la Real Academia de la lengua Española (RAE)<sup>5</sup>, encontramos que la memoria queda definida como la facultad psíquica por medio de la cual se retiene y recuerda el pasado, la exposición de hechos,

<sup>4</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES> Arts.12-22.

<sup>5</sup> <https://www.rae.es/>

datos o motivos referentes a determinado asunto, una relación de recuerdos y datos personales de la vida de quien la escribe (un libro, cuaderno o papel en que se apunta algo para tenerlo presente). Por su parte el olvido significa la cesación de la memoria y del afecto que se tenía o el descuido de algo que se debía tener presente. Y más aún, olvidar implica dejar de tener memoria.

De ambas definiciones, lo primero que observamos es su conformación bajo parámetros analógicos anclados en un presentismo que, a nuestro juicio, requiere de una innovadora reformulación acorde con un contexto digital muy dinámico donde el espacio y el tiempo se diluyen.

El olvido digital sí ha sido objeto de un notable interés científico en los últimos años otorgándole categoría de derecho<sup>6</sup>, pero la memoria no. Veamos cuál ha sido la evolución del primero.

### 3.1. Evolución en Europa: de la preocupación a la reglamentación

Los constantes avances tecnológicos instaurados en la cotidianidad de tantos usuarios, la globalización y los cambios de paradigmas comunicativos entre ciudadanos han favorecido un mayor acceso, interconexión y almacenamiento de información que han desencadenado problemas jurídicos a los que no se les podía dar solución con categorías y conceptos ya existentes.

Desde Europa, se tomó consciencia de las implicaciones inmediatas que podían derivarse de este tránsito por el ciberuniverso y por ello se aprobó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, que constituyó un texto de referencia en la materia, a través de la cual se inauguró un marco normativo orientado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas físicas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea.

Desde entonces, el interés científico por este ámbito de estudio se ha mantenido en el tiempo, y en Europa se crearon el Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT Art. 29)<sup>7</sup>, un Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)<sup>8</sup> y un Comité Europeo de

---

<sup>6</sup> Ver artículo 17 del REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Existe abundante bibliografía sobre la materia, a modo de ejemplo se puede consultar: Emilio Guichot, El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el Derecho europeo y español, en *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, N° 209, 2019, págs. 45-92; Artemi Rallo Lombarte, Una nueva generación de derechos digitales, en *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, N° 187, 2020, págs. 101-135; Ausloos, Jef, The 'Right to Be Forgotten' - Worth Remembering? (December 9, 2011). The 'Right to be Forgotten' – Worth remembering? *Computer Law & Security Review*, Volume 28, Issue 2, April 2012, Pages 143-152 (Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1970392>); María Álvarez Caro, El derecho a la supresión o al olvido, en *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* / coord. por María Álvarez Caro, Miguel Recio Gayo; José Luis Piñar Mañas (dir.), 2016, ISBN 978-84-290-1936-0, págs. 241-256; Ricard Martínez Martínez, Aplicar el derecho al olvido, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, ISSN 1696-0351, N° 36, 2014, págs. 121-142; Meg Leta Ambrose, It's About Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to Be Forgotten, *16 Stan. Tech. L. Rev.* 369 (2012-2013).

Protección de datos (CEPD)<sup>9</sup>. Otro hito ha sido, sin duda, la inclusión en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de un artículo específico (artículo 8) en el que se reconoce la protección de datos de carácter personal.

En este proceso cabe destacar el papel desempeñado por España, y en concreto por su Agencia de Protección de Datos, pues a partir de 2009 comienza a dictar resoluciones que ratificaban la responsabilidad de los buscadores sobre los datos que trataban, lo que originó la apertura de numerosos procedimientos, entre ellos contra el buscador Google, en las que le conminaba a eliminar de sus resultados de búsqueda los datos que correspondían a los reclamantes. Google Spain S.L. presentó un recurso ante la Audiencia Nacional, quien en el curso del procedimiento ordinario 211/2009, dictó una providencia de 22 de febrero de 2011 por la que se planteó una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que éste esclareciera el problema acerca de si la actividad de Google podía considerarse tratamiento de datos sometido por tanto a los derechos de cancelación u oposición. Como consecuencia de todo ello se dicta la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 que condicionará aspectos esenciales de la privacidad en el ámbito europeo. Además, tras hacerse patente la necesidad de reformar el marco jurídico que impuso la Directiva europea, el 25 de enero de 2012 vio la luz una propuesta de Reglamento comunitario que entró en vigor en la primavera de 2016 y es aplicable a partir de la primavera de 2018.

### 3.2. Reglamento General de Protección de Datos<sup>10</sup>

El Reglamento<sup>11</sup> General de Protección de Datos (RGPD) actualiza y moderniza los principios de la Directiva de protección de datos de 1995, abordando varios aspectos fundamentales como por ejemplo, la enumeración de los derechos de los interesados, que son las personas cuyos datos son sometidos a tratamiento. Estos derechos dan a las personas un mayor control sobre sus datos personales gracias a:

- la necesidad de un consentimiento claro de la persona respecto del tratamiento de sus datos personales
- un acceso más fácil del interesado a sus datos personales
- los derechos de rectificación, supresión y "al olvido"
- el derecho de oponerse incluso al uso de datos personales a efectos de establecimiento de perfiles
- el derecho a la portabilidad de los datos de un prestador de servicios a otro

<sup>7</sup> Grupo de trabajo europeo independiente que se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del RGPD). Ver entre otros documentos: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp37\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp37_en.pdf)

<sup>8</sup>Ver: <https://edps.europa.eu/>, y la publicación del último informe [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-03-17\\_annual\\_report\\_2020\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-03-17_annual_report_2020_en.pdf) (18/3/20). También resulta interesante consultar: [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/ethics\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/ethics_en)

<sup>9</sup> Consultar: [https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb\\_es](https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_es)

<sup>10</sup> Asimismo consultar: Reglamento (UE) 2018/1807 relativo a la libre circulación de datos no personales, el Reglamento sobre la Ciberseguridad (UE) 2019/881, la Directiva (UE) 2019/1024 sobre datos abiertos, etc.

<sup>11</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>



También se establece la obligación de los responsables (a quienes corresponde el tratamiento de los datos) de ofrecer información transparente y de fácil acceso a los interesados sobre el tratamiento de sus datos. Además el Reglamento especifica las obligaciones generales de los responsables y de quienes tratan los datos personales en su nombre (encargados del tratamiento). Entre esas obligaciones se cuenta la de aplicar medidas de seguridad adecuadas en función del riesgo derivado de las operaciones de tratamiento de datos que realicen (método basado en el riesgo).

Asimismo, el Reglamento confirma la obligación existente para los Estados miembros de crear una autoridad de control independiente a nivel nacional, reconociendo el derecho de los interesados a presentar una reclamación a dicha autoridad, así como su derecho al recurso judicial, la compensación y la responsabilidad. Dispone sanciones muy severas contra los responsables o encargados del tratamiento que infrinjan las normas de protección de datos. Y por último, y de forma destacable, el Reglamento abarca la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales. Con este fin, encomienda a la Comisión la evaluación del nivel de protección que ofrece un territorio o un sector de tratamiento en un tercer país.

El derecho al olvido se encuentra regulado en el artículo 17 en el que se establece que:

#### Artículo 17 Derecho de supresión (“el derecho al olvido”)

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
  - a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
  - b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
  - c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
  - d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
  - e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
  - f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.
2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:
  - a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;
  - b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;
  - c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;
  - d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o
  - e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

A día de hoy, las pretensiones que involucran el derecho al olvido están usualmente relacionadas con redes sociales, motores de búsqueda y hemerotecas digitales<sup>12</sup>. Sólo en el caso de las redes sociales es concebible la prestación del consentimiento en la cesión de los datos (si bien es igualmente cierto que también las redes sociales pueden prestarse a conductas en las cuales no exista dicho consentimiento; pensemos, por ejemplo, en conductas tales como la creación de falsos perfiles o el etiquetado en fotos por parte de terceros). Dificultades distintas presentan los otros dos casos: buscadores y hemerotecas digitales. Respecto a los primeros, el principal problema que se plantea es si la actividad que realizan puede o no ser considerada tratamiento de datos. Pero en ambos opera, confluente, además, otro factor que puede complicar aún más las cosas: ¿qué sucede cuando la información que proporcionan tanto motores de búsqueda como hemerotecas online es veraz? El principio de calidad o relevancia de los datos adquiere en estos casos una relevancia significativa, a la hora sobre todo de decidir qué bien jurídico debe prevalecer, si las libertades informativas o la intimidad, honor y propia imagen de los ciudadanos. El efecto multiplicador de los buscadores, además, facilita enormemente el acceso global a las numerosas informaciones acerca de nosotros que pueden existir en Internet. De nuevo los derechos de cancelación, rectificación y oposición desempeñarán, como puede fácilmente deducirse, un papel esencial, de modo que se deberá procurar una ponderación justa y equilibrada de los bienes jurídicos confrontados.

<sup>12</sup> Consultar, entre otras: Dário Moura Vicente, ¿Aplicación extraterritorial del Derecho al olvido en Internet?, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, ISSN 0570-4316, N° 24, 2020, págs. 225-235; Cecilia Alvarez Rigaudias, El "derecho al olvido": ¿un derecho a ser "desindexado" por los buscadores?, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, ISSN 1579-3494, N° 66, 2012, págs. 123-150; Federico Fabbrini and Edoardo Celeste, The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders, *German Law Journal*, Volume 21, Issue S1 (Right to be forgotten BVerfG judgment), March 2020, pp. 55-65; Ricardo Pazos Castro, El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N° 4, 2016; Juan Pablo Murga Fernández, La difícil relación entre los motores de búsqueda en internet y el derecho al olvido, en *Derecho digital: retos y cuestiones actuales* / coord. por María de los Angeles Fernández Scagliusi; Francisco de Sales Capilla Roncero (dir.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (dir.), Francisco José Aranguren Urriza (dir.), Juan Pablo Murga Fernández (dir.), 2018, ISBN 978-84-9197-070-5, págs. 221-239.

Entramos así de lleno en el ámbito del difícil equilibrio del derecho al olvido con otros derechos e intereses en juego como por ejemplo, la memoria.

### 3.3. ¿Son necesarios los límites al derecho al olvido?

Partiendo de la máxima de que no existen derechos absolutos, el derecho al olvido no es ni puede ser una excepción.

Y no debe serlo porque nos encontramos ante un derecho que como reciente y debatida construcción jurídica que es, ampara la posibilidad de que “los datos de las personas dejen de estar accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan: el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene” (Castellano 2011: 391-406).

El artículo 17 ampara el ejercicio de este derecho, entre otros criterios, cuando la información sea inexacta o los datos recabados ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados pero como señala Arenas Ramiro: “¿cuándo deja de cumplir su finalidad una noticia?” (Arenas Ramiro 2013: 360).

Pensemos en los límites expresos señalados por el Reglamento (artículo 17.3) y en el encaje jurídico para ponderar si un dato tiene o no interés en relación a la investigación científica o histórica y la posibilidad de suprimirlo: ¿cómo ponderar este límite?

Al hacer referencia a la memoria colectiva, es evidente que su anclaje jurídico estaría situado en ese límite: la investigación histórica, pero la dificultad radica en el contenido y la valoración de los datos. Una foto, un comentario en un blog, una noticia, un audio, etc., cualquier rastro de nuestra huella digital puede ser valiosa en un futuro, especialmente si pensamos en la posibilidad de interconectar e interrelacionar pequeños retazos de nuestra presencia en la red. La arqueología digital puede necesitar recabar información que, a día de hoy, se nos antoja superflua.

Entonces, ¿quién determina lo que debe o no permanecer en la red?, ¿y en base a qué criterios?

Los criterios, aunque indeterminados y ambiguos, son los establecidos en el artículo 17, una cuestión que planteará muchos problemas interpretativos y que deberán solventarse atendiendo al principio de proporcionalidad y a la ponderación de los derechos e intereses en juego en los casos concretos que acudan a la justicia.

Quizás, la cuestión relativa a los sujetos implicados en el ejercicio de este derecho es la que suscita un mayor interés para este trabajo. Nos estamos refiriendo fundamentalmente al propio individuo cuyos datos considera afectados y al proveedor de servicios<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Una cuestión interesante que me gustaría destacar es lo indicado en el preámbulo del propio Reglamento: “El Reglamento no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES> n°18



Para ejercer el derecho al olvido en la gran mayoría de los casos, se requeriría de la intervención de los dos: en una fase inicial sería la persona física implicada que denuncia, pero a continuación, intervendría el responsable del tratamiento que determinaría si finalmente accede a suprimirlo o no. Luego entran en juego dos criterios: el del propio interesado y el del proveedor de servicios<sup>14</sup>. Además este último, que debe proporcionar medios gratuitos para que las solicitudes se presenten por medios electrónicos (a través de sus propios formularios) estará obligado a responder sin dilación indebida y a explicar sus motivos en caso de que no fuera a atenderlas. Como se puede observar, los criterios exigidos (“sin dilación indebida” o “explicación en caso de no atender a la solicitud”) plantean serias dudas jurídicas en cuanto a su interpretación. En todo caso, si persiste la discrepancia con la decisión del proveedor que no accede a suprimir los datos, el individuo puede acudir a la Agencia de Protección de Datos Nacional o a los Tribunales. En consecuencia, la decisión última recae en el propio individuo cuyos datos pueden verse afectados.

Por tanto, si el proveedor de servicios suprime esos datos quedarán borrados, en caso contrario y si se acude a los tribunales, tampoco existen garantías del resultado<sup>15</sup> final quedando siempre a un arbitrio ulterior con muchos intereses en juego.

#### 4. La necesaria prospectiva jurídica en Europa

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, lo que pretende este trabajo es abrir un espacio de reflexión al introducir una nueva perspectiva en la posible construcción de la memoria colectiva en el entorno digital. Por ello y para finalizar, quisiera proponer y abordar dos posibles estrategias de acción, simultáneas en el tiempo<sup>16</sup>, dentro de nuestro actual escenario jurídico-político.

En primer lugar y desde un plano netamente jurídico, sería deseable el impulso del reconocimiento de un derecho a la memoria que permitiera que toda persona física o jurídica pudiera conservar cualquier aportación pictórica, gráfica, audiovisual, literaria, etc. o cualquier contenido relacionado con él siempre que no vulnerase derechos de terceros y garantizase las medidas preventivas contra el borrado unilateral

<sup>14</sup> Por ejemplo, a partir de la sentencia de mayo del 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Google sigue los criterios de evaluación de las solicitudes a partir de las directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 pero indican que: “Podemos decidir no retirar páginas por motivos materiales, como la existencia de soluciones alternativas, razones técnicas o URL duplicadas. También es posible que determinemos que la página contiene información de interés público. Tenemos en cuenta varios factores para tomar esta decisión tan compleja, por ejemplo si el contenido está relacionado con la vida profesional del solicitante, con un delito anterior o con un cargo público o político, o bien si el contenido es de autoría propia, incluye documentos gubernamentales o es de carácter periodístico”. En <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>

<sup>15</sup> En este sentido ver la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 24 de septiembre de 2019.

<sup>16</sup> No en vano, en varios pasajes del documento <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN> se explicita la necesidad de: “(...) combinar una legislación y una gobernanza adaptadas al fin perseguido para garantizar la disponibilidad de datos, con inversiones en normas, herramientas e infraestructuras, así como en competencias para el manejo de los datos. Este contexto favorable, en el que se promuevan los incentivos y la posibilidad de elegir, dará lugar a que se almacenen y traten más datos en la UE”, p.5.

de proveedores de servicios y usuarios. Se trataría de establecer objetivos claros y delimitados para preservar una memoria común, lo que implicaría adoptar una acción político-administrativa para cumplir unas medidas mínimas que garantizaran esos objetivos.

Mientras esta propuesta de *lege ferenda* pudiera estudiarse y materializarse<sup>17</sup>, también sería deseable identificar las deficiencias de la normativa europea existente planteando:

- Una revisión del Reglamento europeo, especialmente en lo relativo al artículo 17.3 y su conexión con el artículo 89 (“garantías y excepciones aplicables al tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos”). La inclusión de una regulación específica para el tratamiento de datos personales de las personas fallecidas y su utilización para la investigación histórica.
- Una norma específica relativa a los datos (noción, tipología, etc.), donde se preste especial atención a la calidad y al valor de los datos y sus repercusiones sociales.

Todo ello sin olvidar la labor interpretativa de jueces y tribunales en materia de olvido. Sería razonable incidir en el necesario juicio de proporcionalidad aplicable a los casos en los que se enjuicie el ejercicio del derecho al olvido y sus límites.

En segundo lugar, desde el plano político, la UE aspira a crear un espacio único europeo de datos propugnando una deseada “soberanía tecnológica de Europa”. Ahora bien, es plenamente consciente de las dificultades que ello entraña pues a la evidente fragmentación entre los Estados miembros respecto a la visión de ese espacio común se suman: el problema de la disponibilidad de los datos, los desequilibrios en el poder de mercado, interoperabilidad y calidad de los datos, infraestructuras y tecnologías dependientes, etc.

Al imperante enfoque económico a la hora de diseñar y propulsar las políticas europeas en lo que respecta al espacio único de datos, se deberían sumar otras perspectivas como el enfoque socio-histórico en el que la construcción de la memoria colectiva fuera uno de los objetivos a lograr como comunidad europea que somos.

Por ello, propondría abordar esta cuestión desde diferentes acciones:

1. Gobernanza de datos<sup>18</sup>, se trata de una primera prioridad en la estrategia diseñada por la Comisión pues supone poner en marcha un marco legislativo propicio para la gobernanza de los espacios comunes europeos de datos (previsto para el cuarto trimestre de 2020)<sup>19</sup>. Estas estructuras de gobernanza deben apoyar las decisiones sobre qué datos pueden utilizarse y en qué situaciones, facilitar el uso transfronterizo de los datos, etc. Es importante que en este marco en el que se reforzará las estructuras necesarias en los Estados miembros y a nivel de la UE, exista una sensibilización respecto al uso de los datos con fines históricos y

<sup>17</sup> En el preámbulo del Reglamento Europeo de protección de datos, en el considerando 73, parece abrir esta posibilidad aunque no lo menciona expresamente.

<sup>18</sup> Ver talleres emprendidos por la Comisión en torno al concepto de «espacios comunes europeos de datos»: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/report-european-commissions-workshops-common-european-data-spaces>

<sup>19</sup> Ver: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN>

culturales. En el actual diseño no existe ninguna iniciativa al respecto, por eso resultaría especialmente interesante: analizar qué medidas son necesarias para establecer repositorios de datos a efectos de su análisis y estudio, adoptar una norma de ejecución sobre conjuntos de datos de gran valor y proponer una norma relativa a los datos (noción, tipología, etc.). Por otra parte, la acumulación de enormes cantidades de datos por parte de grandes empresas tecnológicas, el papel de los datos en la creación o el refuerzo de los desequilibrios en la capacidad de negociación, y el modo en que estas empresas utilizan y comparten los datos en todos los sectores, hace también necesario tomar medidas para abordar las cuestiones sistémicas relacionadas con las plataformas y los datos. Se podría tratar de garantizar que los mercados sean abiertos y justos, lo que repercutiría en la mejora en el ejercicio de nuestros derechos.

2. Computación en la nube. Al existir incertidumbre en cuanto al cumplimiento de las normas y reglas de la UE en materia de protección y portabilidad de datos, por parte de los proveedores de servicios en la nube, se va a apostar por la implementación de una “Nube Europea de la Ciencia Abierta”<sup>20</sup>. En el período 2021-2027, la Comisión invertirá en un proyecto de gran impacto sobre los espacios de datos europeos y las infraestructuras federadas de computación en la nube. En este contexto, la Comisión elaborará, a más tardar en el segundo trimestre de 2022, un marco coherente en torno a las diferentes normas aplicables (incluida la autorregulación) a los servicios en la nube, en forma de “código normativo relativo a la computación en la nube”. En primera instancia, el código normativo relativo a la computación en la nube ofrecerá un compendio de los actuales códigos de conducta y certificación relativos a la nube en materia de seguridad, eficiencia energética, calidad del servicio, protección de datos y portabilidad de datos. Así pues, ¿por qué no introducir aspectos relativos a su uso y conservación con fines históricos?
3. Portabilidad. En la nueva estrategia presentada por la Comisión, se pretende explorar el refuerzo al derecho a la portabilidad por parte de las personas de conformidad con el artículo 20 del Reglamento General de Protección de Datos, dándoles un mayor control sobre quién puede acceder a los datos generados por las máquinas y utilizarlos (posiblemente como parte de la norma relativa a los datos de 2021). Un mayor control y autonomía del individuo sobre sus datos podría incrementar la autodeterminación informativa sin límites. Esta circunstancia no favorecería la conformación de una memoria colectiva digital por lo que deberían introducirse ciertos reparos y matices en la futura norma.
4. Educación. La financiación dedicada a las cualificaciones en el marco del programa Europa Digital no debe contribuir a reducir únicamente la brecha en términos de capacidades en materia de macrodatos y ciencia de los datos. El Plan de Acción de Educación Digital debe contemplar una adecuada formación en el acceso, uso y conservación de los datos desde una perspectiva social incidiendo en la importancia de la construcción de una identidad común forjada en el pasado pero en el marco de una estrategia de futuro.

<sup>20</sup> *Ibidem*

5. Espacio de datos. Se quiere incentivar un mayor control ciudadano sobre los datos a través de herramientas y medios que les permitan decidir a un nivel más detallado qué hacer con sus datos (“espacios de datos personales”). El programa Europa Digital también apoyará el desarrollo y la implantación de “espacios de datos personales” que se complementarán con medidas sectoriales en toda la cadena de valor de los datos. La Comisión ha planteado por el momento, nueve espacios comunes europeos de datos (industria (fabricación), pacto verde europeo, movilidad, salud, materia financiera, energía, sector agrario, administraciones públicas y cualificación), sería deseable la inclusión de otro sector con fines de investigación histórica y preservación de la memoria común europea. Sobre todo, atendiendo la solicitud que nos formula la propia Comisión de: “considerar la posibilidad de poner en marcha, de forma secuencial, otros espacios comunes europeos de datos en otros sectores<sup>21</sup>.”

Por último, no quisiera dejar pasar la oportunidad de incidir en la necesaria inclusión de una perspectiva más social, más global, de conjunto o comunidad a la hora de diseñar, estructurar e implementar el espacio único europeo de datos.

Hasta ahora son constantes las llamadas al “empoderamiento” del individuo en el ejercicio de sus derechos y en relación con el uso de los datos que ellos mismos generan, a la vez que se crean herramientas y medios para decidir, a un nivel detallado, qué hacer con sus datos (por ejemplo, el movimiento MyData). A ello habría que sumarle otra tendencia especialmente inquietante no sólo respecto a la ciberseguridad sino respecto a la conformación de una memoria colectiva digital y son las denominadas nuevas tecnologías digitales descentralizadas que, como las cadenas de bloques, ofrecen a las personas y a las empresas una nueva posibilidad de gestionar los flujos de datos y su utilización, sobre la base de la libre elección y autodeterminación individual. Estas tecnologías permitirán la portabilidad dinámica de los datos en tiempo real para las personas y las empresas, junto con diversos modelos de compensación.

Este escenario nos debería hacer reflexionar sobre nuestra estrategia de futuro en la conformación de la memoria colectiva. Si la “Europa digital” debe reflejar lo mejor de Europa: abierta, justa, diversa, democrática y segura<sup>22</sup>, el diseño jurídico e institucional de nuestra convivencia presente y futura no debería dejarse únicamente al criterio y juicio de los operadores directamente implicados (el propio individuo y las grandes corporaciones).

## 5. Conclusiones

Vaclav Havel<sup>23</sup>, en un artículo de prensa se preguntaba si existía una identidad europea y si los pueblos de Europa eran capaces de verse a sí mismos como europeos:

<sup>21</sup> Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN> , p.28.

<sup>22</sup> Ver documento: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf)

<sup>23</sup> Vaclav Havel, “¿Existe una identidad europea?”, 2/7/2000, diario *El país*.

[...] A la hora de definir lo que significa ser *européo*, una tarea crucial es reflexionar sobre la naturaleza de doble filo de aquello que hemos aportado al mundo para darnos cuenta de que Europa no sólo le enseñó los derechos humanos sino que también introdujo el Holocausto; de que generamos impulsos espirituales no sólo para las revoluciones industrial y de la información sino también para saquear y contaminar la naturaleza, y de que alentamos el progreso de la ciencia y de la tecnología, pero asimismo borramos implacablemente experiencias humanas esenciales forjadas a lo largo de varios milenios.

Borrar. Olvidar. Como comunidad que somos y aspiramos a ser, debemos comprender que la memoria reúne, ordena y conforma nuestra vida, dándole sentido al presente más inmediato y proyectándose sobre el futuro.

La memoria se configura como la capacidad de recordar algo que ha ocurrido en el pasado, somos lo que recordamos que fuimos, y en esa evocación, la identidad se forma por procesos sociales.

La memoria no nos pertenece únicamente a nosotros puesto que en el proceso de recordar nunca estamos solos. Una circunstancia a la que alude Maurice Halbwachs y que nos permite abordar la memoria colectiva en el entorno digital. De ahí que en este trabajo se analice y reflexione sobre el olvido digital como contrapunto y medida de la situación actual de la construcción de la memoria en Europa.

Los constantes avances tecnológicos instaurados en la cotidianidad de tantos usuarios, la globalización y los cambios de paradigmas comunicativos entre ciudadanos han favorecido un mayor acceso, interconexión y almacenamiento de información que han desencadenado problemas jurídicos a los que no se les podía dar solución con categorías y conceptos ya existentes.

Desde Europa se ha sido consciente de este complejo escenario y prueba de ello no sólo es la normativa existente y expuesta en el trabajo, sino la apuesta por políticas activas como la "Estrategia Europea de Datos" (Comisión Europea) que nos recuerda como las tecnologías digitales han transformado nuestra economía y nuestra sociedad, afectando a todos los sectores de actividad y a la vida diaria de todos los europeos.

No obstante, percibimos que mucha de la política y de la normativa europea que articula el "espacio europeo de datos" está impregnada por una fuerte impronta economicista y la configuración del ejercicio y las garantías de los derechos afectados por la visión de este espacio quedan condicionados por un enfoque claramente individualista.

Es el caso de la configuración jurídica del derecho al olvido.

Hasta ahora el derecho al olvido ha sido el único parámetro que ha enjuiciado nuestra presencia en la red. Un derecho de reciente construcción jurídica que ampara la posibilidad de que los datos de las personas dejen de estar accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan.

El Reglamento europeo de protección de datos articula el ejercicio de este derecho y sus límites, pero su configuración jurídica y su posible interpretación merece una revisión porque consideramos que afecta y puede condicionar la construcción social de la memoria en Europa. Por ello en el trabajo proponemos abrir un espacio de



reflexión, abordando dos posibles estrategias de acción, simultáneas en el tiempo, dentro de nuestro actual escenario jurídico-político. Por un lado, desde un plano netamente jurídico, identificamos las deficiencias de la normativa europea existente y planteamos una propuesta de *lege ferenda* y, por otro, sugerimos la adopción de medidas político-institucionales (gobernanza de datos, computación en la nube, etc.) que apuesten por un análisis colectivo y no meramente individual del acto de recordar, adoptando una dimensión teleológica que evoque en el presente, un acontecimiento pasado, en el marco de una estrategia de futuro.

## Bibliografía

Arenas Ramiro, Mónica (2013). "Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo", en Valero Torrijos Julián (coord.). *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.

Blondel, Charles (1926). "Revue critique: M. Halbwachs les cadres sociaux de la memoire". *Revue philosophique* 101.

Burguera Ameave, Leyre y Cobacho, Angel (2013). "El derecho al olvido de los políticos en las campañas electorales", en Corredoira, L. y Cotino Hueso, L. (coord.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cotino Hueso, Lorenzo (2015). "El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: 'un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal'" en Bel Mallén, Ignacio y Corredoira Alfonso, Loreto (Dirs.), *Derecho de la Información. El ejercicio del Derecho de la Información y su Jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Halbwachs, Maurice (2004). *La memoria colectiva*. Prensas Universitarias de Zaragoza. 1ª edición.

Havel, Vaclav (2000). "¿Existe una identidad europea?", diario *el País*.

Berger, Peter L. y Luckmann, T (2011). *La construcción social de la realidad*. Amorrortu editores, Madrid, vigésima segunda reimpresión.

Ricoeur, Paul (2010). *La memoria, la historia, el olvido*. Editorial Trotta.

Simón Castellano, Pablo (2011). "El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet", *Neutralidad en la Red y otros retos para el futuro de Internet*. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya, Huygens Editorial, Barcelona.