

EL TC Y EL DERECHO AL OLVIDO: ¿ALLANANDO UN CAMINO “A LA ALEMANA” DE LA CDFUE COMO PARÁMETRO DIRECTO DE AMPARO?

Ricardo Alonso García*

El Pleno del TC estimó, mediante Sentencia 89/2022, de 29 de junio, el recurso de amparo interpuesto por M.J.L. contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN y del TS por vulneración del derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4 CE). El TS, avalando el criterio de la AN, había anulado una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que, sobre la base del derecho al olvido, había ordenado la cancelación de tres enlaces en el resultado de búsquedas de motor de Google, obtenidos mediante la inserción del nombre y apellidos de M.J.L. en dicho buscador, que remitían a cierta información publicada sobre su actividad profesional (vinculada al mundo inmobiliario) por los usuarios de dos portales de quejas situados en EEUU.

La Sentencia (se insiste, de Pleno, al haberse producido la avocación del amparo a su favor en virtud del artículo 10.1. *n* LOTC), cuenta un voto particular, formulado por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer, que suscita la duda de hasta qué punto el TC podría estar tomando el derrotero asumido por el TCF alemán en relación, según veremos, con el valor de la CDFUE en cuanto parámetro directo de amparo, casualmente también con el derecho al olvido como telón de fondo.

Nuestro TC hizo pivotar su razonamiento en torno a: 1) el derecho al olvido y su integración en el derecho fundamental a la protección de datos; 2) los límites del derecho al olvido.

* Catedrático de Derecho Administrativo y de la UE de la Universidad Complutense de Madrid. Decano. Correo-e: rag11562@ucm.es. ORCID ID: 0000-0001-7619-6431.

En lo concerniente a 1), el TC sobre la base de su propia jurisprudencia (SSTC 292/2000, 96/2018 y, sobre todo, 58/2018), comenzó por advertir que “el derecho al olvido, entendido como un derecho a la supresión del uso o tratamiento de los datos personales, alcanza a todos los datos relativos a la identificación de una persona, incluso aunque no afecten a su honor, intimidad personal y familiar o a la propia imagen”.

Partiendo de tal premisa, el TC entró a razonar sobre el contenido del derecho al olvido, centrandolo todo su razonamiento en la exposición de la legislación de la Unión Europea reguladora de la materia (la Directiva 95/46/CE primero, sustituida después por el Reglamento General de Protección de Datos, UE 2016/679), y la doctrina del TJUE vertida sobre la misma en conexión con las búsquedas de internet (*asunto Google Spain*, 13 de mayo de 2014, C-131/12), completada con la alusión a la STEDH en el *asunto Biancardi c. Italia* (25 de noviembre de 2021), a los efectos de admitir la referencia a un “derecho al desindexado”.

Sentado lo cual, el TC puntualizó que “el derecho al olvido, como todo derecho fundamental, no es ilimitado, y encuentra sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”, procediendo a continuación a exponer los criterios de ponderación al respecto derivados de la jurisprudencia del TJUE; concretamente, de las STJUE *Google Spain*, antes mencionada, *GC e.a.* (24 de septiembre de 2019, C-136/17), sobre retirada de enlaces a datos sensibles, y *Google LLC* (también de 24 de septiembre de 2019, C-507/2017), sobre el alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces. Manejó asimismo el TC, conviene advertir, las *Directrices sobre la Ejecución de la STJUE Google Spain* emitidas por el *Grupo de Trabajo de Protección de Datos del artículo 29* (de la Directiva 95/46), órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos e intimidad (que funcionó hasta el 25 de mayo de 2018, fecha de entrada en vigor del RGPD y que llevó aparejada su sustitución por el actual *Comité Europeo de Protección de Datos*)

Expuestos dichos criterios, el TC entró ya en el examen acerca de si tanto la AN como el TS (habida cuenta de la similitud en la argumentación de ambas instancias) habrían o no infringido los criterios de ponderación de la relevancia pública de lo difundido y del tiempo transcurrido desde la publicación de la información. Y la conclusión a la que llegó, recurriendo aquí a su propia jurisprudencia, a la del TJUE y a las Directrices ya mencionadas, y al TEDH (*Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hungría*, 2 de febrero de 2016), fue, por un lado, que no cabría concluir que “el acceso a través de un enlace en un buscador a meras opiniones y comentarios personales sobre la actividad profesional de personas particulares, que no son personas públicas ni han adquirido notoriedad por dicha actividad profesional, contribuya *per se* a la formación de una opinión pública libre”; y, por otro lado, que *la actualidad* (factor tiempo) vinculada a que con posterioridad M.J.L., junto con otros directivos de la empresa inmobiliaria a la que aquél pertenecía, se hubiera visto inmerso en un procedimiento penal (hecho difundido por los medios

de comunicación cuya actualidad podría justificar un interés superior del público en acceder a tal información), no se podría trasladar a las opiniones vertidas sobre M.J.L. en los portales de quejas que no tenían por objeto tales diligencias penales.

Así las cosas, interesa en esta Tribuna no analizar, siquiera someramente, el fondo de la STC, sino reflexionar sobre el parámetro de control manejado por el TC al examinar el recurso de amparo.

Muy lejana queda ya aquella doctrina de nuestro TC consistente en abstraerse de todo lo que tuviera que ver con el manejo, por su parte, del Derecho Comunitario (SSTC 28/1991 y 64/1991).

Sin embargo, esa misma doctrina, fundamentada en una lectura del artículo 93 CE en términos estrictamente orgánico-procedimentales, de distanciarse del Derecho Comunitario al considerar los problemas suscitados por su aplicación como de mera “legalidad ordinaria”, abrió desde sus orígenes las puertas al reconocimiento de un cierto rol del ordenamiento jurídico comunitario, al admitir la posibilidad de su utilización, en el terreno de los derechos fundamentales, como canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 CE. Dejó también claro entonces el TC, eso sí, que ello no implicaba convertir dicho ordenamiento en “medida de constitucionalidad”, pues tal medida “seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional” (en el caso del Derecho Comunitario, con el catálogo de derechos fundamentales construido por entonces vía pretoriana por el TJCE).

Esa apertura de la CE al ordenamiento comunitario por la vía del artículo 10.2 se iría ampliando, en otros ámbitos ajenos a los derechos fundamentales (por ejemplo, en el terreno de la distribución interna de competencias entre el Estado y las CCAA), sobre la base del artículo 93, al que la DTC 1/2004 vendría ya a reconocer abiertamente “una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar”.

La posibilidad de trasladar del artículo 10.2 al artículo 93 la base constitucional habilitante para respaldar la penetración de los derechos fundamentales de la Unión en nuestro ordenamiento jurídico, una vez dotada la CDFUE de fuerza vinculante con la reforma de Lisboa (2009), se suscitó en el seno del TC precisamente con ocasión de la primera y hasta el momento única cuestión prejudicial por él planteada al TJUE (*asunto Melloni*).

En efecto, una vez recibida la respuesta de Luxemburgo, el TC optó, en su Sentencia 26/2014, por asumir una modificación de su doctrina ultraprotectora de los condenados *in absentia*, como consecuencia de una reinterpretación a la baja del artículo 24 CE; reinterpretación que el TC fundamentaría, *ex* artículo 10.2 CE, recurriendo a las doctrinas combinadas del TJUE y del

TEDH en torno, respectivamente, a los artículos 47 y 48 CDFUE, y 6 CEDH. Ambos criterios jurisprudenciales respaldarían la determinación del legislador europeo, en la Decisión marco sobre la euro-orden, de rechazar la posibilidad de cuestionar las condenas *in absentia* en el Estado miembro emisor de la orden europea de detención y entrega cuando el imputado no hubiera comparecido en el juicio pese a que fue citado en persona o informado oficialmente de la fecha y el lugar previstos para el mismo, o cuando, teniendo conocimiento de su celebración, eligió ser representado por un letrado en lugar de comparecer personalmente.

Sin embargo, las magistradas Adela Asua y Encarnación Roca defendieron, en sendos votos particulares concurrentes, que la vía de penetración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, así como de los derechos de defensa, debería haber sido, con lo que ello conllevaba, no el artículo 10.2 CE, sino el 93. Y es que el TJUE, recordemos, declaró en *Melloni* que una vez regulada una materia de *manera completa* por el legislador de la Unión, sería la CDFUE el único parámetro de referencia para controlar las aplicaciones en *términos reglados* de la legislación europea en cuestión por los poderes públicos nacionales.

“Lo que ha respondido el Tribunal de Justicia a nuestras cuestiones prejudiciales”, escribió Adela Asua, “podría servir para integrar vía art. 10.2 CE nuestro canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para los supuestos «no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». Pero en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar *ex art. 10.2 CE* el contenido absoluto del derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar *ex art. 93 CE* en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013”.

Encarnación Roca, por su parte, afirmaría, más escuetamente, que “no nos encontramos ante Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el art. 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del art. 93 CE”.

En todo caso, la doctrina sentada por el TJUE en los *asuntos Melloni y Akerberg*, fallados el mismo día (el 26 de febrero de 2013) no accidentalmente, sino para dar coherencia a la misma en función del margen de apreciación de los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la Unión (conviene

no olvidar que la CDFUE, aplicable con carácter general a la Unión, vincula a los Estados miembros, según puntualiza su artículo 51.1, “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”), sería, según ya esboqué, la siguiente: en los ámbitos plenamente regulados por el Derecho de la Unión (*supuesto Melloni*), la CDFUE sería el único catálogo aplicable, desplazando a los catálogos nacionales al margen de cualquier debate en torno a la mayor o menor protección dispensada por estos en relación con aquella (y abstracción hecha de su posible utilización, así como la del CEDH, como posibles fuentes de inspiración, según prevén los apartados 3 y 4 del artículo 52 de la propia CDFUE); existiendo, por el contrario, tal margen de apreciación o maniobra de los Estados miembros al aplicar el Derecho de la Unión (*supuesto Akerberg*), la CDFUE jugaría como estándar mínimo de protección, superable por los estándares nacionales si más protectores, siempre y cuando ello “no afecte a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”, debiendo entenderse tal límite (o, según se mire, contra-límite), en mi opinión y a la luz de la STJUE de 21 de diciembre de 2021 (*asunto Euro Box Promotion e.a.*), en términos de “riesgo sistémico”.

Tal doctrina, como bien expone Xabier Arzoz (2022), sería asumida en 2019 por el TCF alemán en dos sentencias también dictadas, como adelanté, en relación con el derecho al olvido (1 BvR 16/13 y 1 BvR 276/17).

La importancia de la posición adoptada por el TCF, siguiendo la estela marcada por el TC austríaco en 2012 (U 466/11-18 y U 1836/11-13), radicó en que tal asunción la acompañó de un auto-apoderamiento para considerarse juez competente para utilizar la CDFUE como *parámetro directo de amparo*, precisamente cuando aquella resultara el único instrumento aplicable al haberse producido la actividad de la autoridad alemana, sometida a control, en el contexto de Derecho de la Unión sin margen alguno de maniobra (*supuesto Melloni*).

Volvamos ahora sobre la STC 89/2022.

Resulta cuanto menos llamativo que el TC no mencionara a lo largo de su pronunciamiento, ni una sola vez, la base constitucional sobre la cual estaría llevando a cabo una integración del artículo 18.4 CE con la legislación y la jurisprudencia europeas sobre protección de datos personales.

Sabemos, eso sí, que el parámetro para la estimación final del amparo fue el mencionado artículo 18.4: procede, puede leerse en el punto 1º del fallo, “declarar que ha sido vulnerado el derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4)”.

Queda claro, pues, que en ningún caso nos encontramos ante un desenlace “a la alemana” (desenlace, por lo demás, cuya extrapolación a nuestro sistema de justicia constitucional, sin mediar intervención del legislador, consideran discutible Pedro Cruz Villalón (2021) y, según parece, el propio TC: cfr.

la intervención de su Presidente, Pedro González-Trevijano, con ocasión de la Conferencia pronunciada en la sede del TC, el 6 de mayo de 2022, por el Presidente del TJUE, Koen Lenaerts, bajo el título *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE: un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros*¹).

No queda claro, en cambio, si se trata de una Sentencia que sigue anclada en el artículo 10.2 CE como única vía de penetración de los derechos fundamentales en los ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión.

Si así fuese, ganaría enteros, creo, la crítica vertida por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer, en su voto particular, en los siguientes términos: “En reiteradas ocasiones nos hemos pronunciado sobre el fundamental valor que en una construcción evolutiva de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución tiene la cláusula de interpretación conforme del art. 10.2 CE, al establecer como guía la Declaración universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Es irrenunciable en la construcción y desarrollo del derecho nacional de los derechos humanos un constante diálogo con los órganos encargados de la interpretación del derecho regional –en nuestro caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como intérprete del Convenio europeo de derechos humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– e internacional de los derechos humanos. Ahora bien, la idea de diálogo entre tribunales no implica ni la sustitución de la Constitución como referente de los derechos fundamentales cuya protección última está encomendada al Tribunal mediante la jurisdicción de amparo ni la de la jurisprudencia constitucional por la doctrina que puedan establecer otros órganos de interpretación de otros textos de derechos humanos”.

Si, por el contrario, la base constitucional de penetración de los derechos fundamentales de la Unión implícitamente manejada por la mayoría hubiera sido no el artículo 10.2, sino el 93, quizás el TC estaría apuntando hacia un viraje jurisprudencial, en la línea defendida en 2014 por Adela Asua y Encarnación Roca, que, quizás también, podría ser un primer paso, tímido, pero primer paso, hacia la vía alemana abierta en 2019 (incluso si entendido como una invitación al legislador para dar cobertura a la misma).

Y tanto en un caso como en otro, no habría sobrado, nuevamente quizás, una interpelación a Luxemburgo, a los efectos, sin ir más lejos, de aclarar cuál debería haber sido el derecho a contraponer al del olvido, si el de información (según pareció argumentar la mayoría), o el de libertad de expresión (como defendió el voto particular; llegando a proponer la desestimación del amparo).

¹ Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/encuentros-seminarios/Paginas/detalle.aspx?ListItemId=40>.

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía

Arzoz Santisteban, X. (2022). *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*, CEPC.

Cruz Villalón, P. (2021). “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), 57-85.

B. Jurisprudencia

Sentencia TC 89/2022 (29 jun.). ECLI:ES:TC:2022:89

