

## *Derecho al olvido contra derecho a la verdad (entre España, Unión Europea, Naciones Unidas y Google)*

Bartolomé CLAVERO\*

**Índice:** 1. Derecho al olvido y escenario de libertades 2. Doble rechazo europeo del derecho al olvido 3. Invención española del derecho al olvido 4. Disonancia de España en Europa con el derecho al olvido 5. ¿Derecho al olvido o derecho a la verdad entre derechos de libertad? 6. Escenario de un derecho: el imperio español de la desmemoria 7. Libertades fundamentales y derecho al olvido

### **1. Derecho al olvido y escenario de libertades**

El derecho al olvido resulta de entrada peculiar por estar aún en la infancia y, pese a su tierna edad, andar crecido. Hablamos de una pretensión de derecho a hacer borrar datos de la memoria pública a instancia de parte privada. Es una ocurrencia reciente. Este presunto derecho se ha hecho vivo ayer mismo, durante el segundo decenio del siglo XXI, y ha venido a colocarse, pisando fuerte, entre e incluso frente a derechos tan aquilatados como los de libertades de investigación, de información y de expresión. Es tal y como si el del olvido fuera igual de fundamental. Su mismo nacimiento tan reciente también ha sido en mucho peculiar. Nace y crece arropado de leyendas cual, en España, la de que se trata de la adopción de una criatura europea.

Comúnmente, un derecho fundamental adviene bien por vía de Constitución o en base firme a la misma, bien mediante declaración o asunción por el orden internacional, global o regional, de derechos humanos, pero a través de ninguno de estos mecanismos es como se ha concebido el derecho al olvido. También de reciente, al nivel global del derecho internacional, está cobrando cuerpo un derecho a la verdad, el derecho al que el del olvido fundamentalmente planta cara. ¿Cómo puede? Es lo que vamos a contemplar. Comencemos por un recordatorio sumario de un conocido escenario normativo.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales declara, desde 1950, que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, el cual “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. Este modo de expresión de libertad sin fronteras data de 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales, como documento más reciente, de inicios del nuevo milenio, detalla unas previsiones en principio equivalentes: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de

---

\* Profesor Emérito, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla.

fronteras”; “Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra”; “Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”.

Estas normas europeas de valor constitucional no dejan de contener previsiones de limitación de tales libertades, por lo general en nombre de otros derechos no menos fundamentales como el de la privacidad o el de la propia imagen. El Convenio Europeo llega a más en este orden de limitaciones de las libertades de expresión y comunicación. Permite que se restrinja su ejercicio en defensa de “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública” y hasta para “protección de la moral”. Aun con esto, el principio es siempre la libertad y su limitación debe ser la excepción.

Por su parte, la Constitución española consagra “los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, añadiendo precavidamente que “el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. También dispone que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar” sin registrar con carácter previo la garantía de acceso a las nuevas tecnologías del conocimiento y la comunicación. “El derecho al honor, a la intimidad [y] a la propia imagen” son límites de esas libertades.

Viene a cuento lo de la informática porque es en el mundo digital donde ha nacido el derecho al olvido como nueva especie de limitación de libertades. ¿Fue tan relativamente previsora, en 1978, la Constitución española? En todo caso, en aquel momento constituyente, no estaba ni de lejos todavía internet al alcance del común de la ciudadanía. Al día de hoy y conforme a su diseño de derechos, ¿puede la Constitución casera legitimar una invención como la del derecho al olvido limitando las libertades de investigación, de expresión y de comunicación?

No voy a adentrarme en la materia de protección de datos personales por estos tiempos de comunicación digital masiva a cuyo respecto se está más concretamente materializando un tal derecho al olvido. Tampoco me ocuparé de la peligrosa situación de oligopolio existente en el insondable mercado de los buscadores y otros servicios de comunicación por el universo de internet, ahí donde el derecho al olvido se está agitando durante estos últimos años. Acudamos en fin, más modestamente, al olvido mismo como oscuro objeto de derecho. Nos situamos en un marco en el que se pone en cuestión el ejercicio de libertades potenciadas por nuevas técnicas de comunicación<sup>1</sup>.

El mismo derecho al olvido se presenta en principio de una forma discreta como mecanismo de reforzamiento de la debida protección de datos personales, particularmente en materia penal a efectos rehabilitadores para casos sin interés público pasado el tiempo<sup>2</sup>. Sin embargo, también se le figura como un verdadero hito en una generación última de derechos fundamentales<sup>3</sup>. No es que lo cierto se sitúe de por medio, sino que el significado efectivo de la acuñación de tal derecho se determina más por contextos diversos que por textos comunes. A esto acudimos.

## 2. Doble rechazo europeo del derecho al olvido

Suele entenderse que el derecho al olvido ha venido mediante jurisprudencia europea por incitación española. Algo de esto hay, pero no con exactitud en la forma como está divulgándose<sup>4</sup>. El

<sup>1</sup> W.M. Grossman, *From Anarchy to Power: The Net Comes of Age*, Nueva York, 2001.

<sup>2</sup> I. Jiménez Castellanos, *El derecho al olvido digital del pasado penal*, tesis doctoral, 2018, pendiente de publicación, a los cuatro años, en el repositorio online de la Universidad de Sevilla.

<sup>3</sup> F. Werro (coord.), *The Right to Be Forgotten: A Comparative Study of the Emergent Right's Evolution and Application in Europe, the Americas, and Asia*, Cham (CH), 2020.

<sup>4</sup> G. Resta y V. Zeno-Zencovich (coords.), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

hecho es que, tras un rechazo de tal derecho por instancias europeas, en España se le asume con el argumento de que viene y obliga por conducto y obra de la Unión Europea. Conviene entonces arrancar por estos inicios mirando ingenuamente, sin interferencias doctrinales, a la documentación judicial del caso.

A principios del año 2012, un ciudadano español, cuyo nombre vamos a obviar, se dirigió a la compañía Google requiriendo que se eliminara de sus datos accesibles uno que entendía sin relevancia pública y perjudicial para él. Había sufrido a finales del siglo anterior una ejecución forzosa por deuda a la seguridad social, lo que no constituía desde luego una buena recomendación para sus actividades profesionales y operaciones económicas. Al mismo tiempo se dirigió a la Agencia Española de Protección de Datos para que ordenara no solo la supresión del enlace en Google, sino todo lo operante al respecto en internet, también la noticia original tanto de prensa oficial como privada.

La Agencia respaldó al reclamante tan solo en lo que respecta a Google, instándole a que eliminara el enlace de su motor de búsqueda. La empresa recurrió ante la Audiencia Nacional, la cual llevó el caso por vía de consulta ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así llegamos, a mediados de 2014, a la sentencia *Google Spain, S.L. and Google Inc. versus Agencia Española de Protección de Datos*, esta junto al ciudadano español aquí anónimo, “Google versus Spain” dicho brevemente.

La Audiencia Nacional española consultaba, entre otras cosas, si el derecho europeo sobre protección de datos podía entenderse que implica la facultad de hacer cancelar datos a fin de que se pierdan en el olvido, tal y como reclamaba el ciudadano español. Se trata así de la supresión en bancos de datos y motores de búsqueda de registros que, como alegaba Google, se habían hecho públicos originalmente de forma legítima y por interés público. He aquí la pregunta:

¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos [...] comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?

El Abogado General del Tribunal Europeo, en el desempeño de su función de dictaminar sobre el caso para ilustrar y aconsejar al colegio sentenciador, entendió que la novedad de un “derecho al olvido”, un “right to be forgotten”, no es de recibo por atentatoria contra los derechos de libertad de información y expresión. Lo resultaría incluso de limitarse a los buscadores, de Google u otros, sin afectar a las fuentes originarias porque los primeros ofrecen la vía para acceder a las segundas<sup>5</sup>.

El argumento del Abogado General produce efecto. La resolución del Tribunal se abstiene de hacer mención del derecho al olvido en forma nominal o perifrástica salvo para referirse a la posición de la parte española. La justicia europea no hace suya la expresión. Sentencia a favor del demandante, pero –insistamos por lo que va a venir– sin hacerse eco de la pretensión de que exista un “right to be forgotten”, un derecho a que alguien o algo sea olvidado. No recibe reconocimiento judicial como tal, como derecho a disposición del sujeto que se beneficia. De momento, haberlo, no lo hay.

No motiva la corte su resolución en tal presunto principio de derecho subjetivo. Argumenta que la empresa, Google, tiene responsabilidad por el contenido perjudicial del destino final de los enlaces de sus buscadores tomando en cuenta derechos conformes al ordenamiento europeo, concretamente a la privacidad individual y familiar así como al más específico de la protección de datos personales. En su virtud, Google u otros servidores similares están obligados a atender las reclamaciones de cancelación de los respectivos vínculos. Se reconoce así un derecho a callar al mensajero en los casos concretos en los que se justifique, pero no en cambio nada tan general y más exigente como lo que pudiera resultar el derecho al olvido sugerido por la parte española<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62012CC0131>.

<sup>6</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

Obrando en actas la oposición del Abogado General en defensa de los derechos de información y expresión, el derecho al olvido en cuanto tal ha sido así, si no patentemente rechazado, claramente eludido por vía de silencio. A efectos prácticos, es un rechazo. Extrañamente, desde unas primeras noticias y unos tempranos comentarios, de lo que se habla no solo en España es de la admisión del derecho al olvido por parte de la justicia europea. La enciclopedia más accesible y más consultada a lo ancho del mundo nos asegura sobre la sentencia europea que, “aunque el término ‘derecho al olvido’ es una idea relativamente reciente, el Tribunal Europeo de Justicia lo consolidó como derecho humano”, “human right”, nada menos<sup>7</sup>.

El caso es otro. En una jurisdicción más deferente con la política de lo que se estila hoy por la justicia en España, la contención del pronunciamiento podía ser un gesto hacia el procedimiento paralelo de elaboración de un Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. Su proyecto venía contemplando expresamente el derecho al olvido, “right to be forgotten”, pero, en el mismo año 2014, el debate en el Parlamento Europeo llevó a su sustitución por el “right to erasure”, derecho al borrado de pistas, a cancelación relativa de antecedentes, por su menor impacto potencial en el ejercicio de libertades<sup>8</sup>. Estamos así en las mismas. Por vía normativa, ni por la jurisprudencial ni por la política, el derecho al olvido se aceptó de entrada por el ordenamiento europeo. Últimamente, el Tribunal Europeo adopta el sintagma<sup>9</sup>, pero sin sustanciar el derecho como vamos a ver que ocurre en España.

Aunque otra cosa suela entenderse, comenzándose por la Audiencia Nacional española como enseguida veremos, el llamado derecho al olvido, en cuanto derecho de carácter subjetivo a disposición de los individuos, es en sí ajeno al derecho de Europa. Conforme a este, si se habla de “right to be forgotten”, es reduciéndosele a un más modesto “right to erasure”, a la supresión de registros en conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos, en vigor desde 2016<sup>10</sup>. Acúñense otras fórmulas, como la barroca del “derecho a no ser sometido a decisiones basadas en tratamientos automatizados de datos personales” o la épica de resistencia a la “dictadura del algoritmo<sup>11</sup>, pero no se hable del estricto derecho al olvido como propio de Europa.

Se genera enseguida confusión no solo en España, mas el “right to be forgotten” como sinónimo de “right to erasure” no es lo mismo que el derecho al olvido que vamos a ver. Dígase lo propio de los correspondientes “Recht auf Vergessen”, “droit à l’oubli”, “diirtto all’oblio”, “direito de ser esquecido”, etc., que ya también habían tenido algún que otro uso más bien discontinuo antes de que la sentencia europea decidiera en 2014 no asumir un derecho tal. Hay toda una prehistoria de la que aquí podemos prescindir<sup>12</sup>.

### 3. Invención española del derecho al olvido

La Audiencia Nacional, en su sentencia de finales del mismo año 2014 en conformidad teórica con la resolución europea, ya comienza en efecto por entender que lo que se ha producido es el reconocimiento expreso del derecho al olvido, definiéndolo como “el poder de disposición del

<sup>7</sup> Wikipedia en inglés, voz *Right to Be Forgotten*, traducción mía.

<sup>8</sup> W.G. Voss, *The Right to Be Forgotten in the European Union: Enforcement in the Court of Justice and Amendment to the Proposed General Data Protection Regulation*, en *Journal of Internet Law*, 18-1/2014, pp. 3-7.

<sup>9</sup> G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, en *International Journal of Constitutional Law*, 19-1/2021, p. 41 ss. (pp. 56 y 69).

<sup>10</sup> Information Technology Governance Privacy Team, *EU General Data Protection Regulation (GDPR). An Implementation and Compliance Guide*, 4th ed., 2020, p. 307.

<sup>11</sup> R. Torino, *Il diritto di opposizione al trattamento dei dati personali e il diritto a non essere sottoposti a decisioni basate su trattamenti automatizzati e alla profilazione nel Regolamento (UE) 2016/679*, en *La cittadinanza europea*, 2/2018, p. 45 ss.

<sup>12</sup> T.A. Auletta, *Diritto alla riservatezza e ‘droit à l’oubli’*, en AA.VV., *L’informazione e i diritti della persona*, Nápoles, 1983, cap. 9, p. 129: “È da notare come sia in Italia sia in Francia le controversie si siano risolte negativamente per chi invocava la tutela dell’interesse all’oblio”.

particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona”, un poder de “autodeterminación” virtual.

Procede la Audiencia a garantizarlo en relación a otros derechos, como sean particularmente los de libertad de información y expresión, mediante el método que se dice de ponderación, esto es, de balance, modulación y contrapeso entre ellos. Se sitúan así al mismo nivel tal y como si fueran, el del olvido incluido, igual de fundamentales. Estaríamos así ante un derecho tan excelso como a “la autodeterminación informativa”, avalado además por el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>. Así se potencia como expresión de “soberanía” del individuo sobre su personalidad en internet, así como suena. El derecho al olvido habría venido a salvar la mismísima privacidad como si lo virtual hubiera de suplantar a lo real<sup>14</sup>.

Si la propia categoría del derecho al olvido carece de apoyo específico en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que presuntamente se está acogiendo, el remate de que el derecho al olvido pudiera tener entidad constitucional, o una civil ordinaria entre unos “derechos de la personalidad” igualmente fundamentales, no encuentra sustento normativo de origen ninguno, ni español ni europeo ni global, por mucho que le pese a la doctrina que lo adopta, sustenta, arropa y construye<sup>15</sup>.

En el lenguaje internacional también se está abriendo paso durante estos años, con el impulso ahora del caso “Google versus Spain”, la expresión “right to be forgotten”, pero sin tamañas implicaciones. La literatura jurídica española opera como si una cosa, el derecho al olvido, fuera equivalente a la otra, el “right to be forgotten”, el derecho de supresión<sup>16</sup>. La traducción en el terreno del derecho es tarea más complicada que en otros ámbitos. Raramente, sobre todo entre categorías más generales, hay equivalencia exacta de conceptos. A veces, la diferencia es pronunciada<sup>17</sup>,

En España, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional vienen a alinearse sustancialmente en la dirección marcada por la Audiencia Nacional y algo van también aportando. Extienden la posibilidad de cancelación de datos como derecho al olvido a las fuentes originales en la forma de disponer su opacidad en sus buscadores internos que así se suman a los generales de Google y compañía.

Entienden estos altos tribunales que se sigue con todo sin afectar libertades de investigación, información y expresión. Según el Tribunal Supremo en una sentencia de 2015, “[la] información debe resultar invisible para la audiencia general de los usuarios de los motores de búsqueda, pero no para la audiencia más activa en la búsqueda de información”<sup>18</sup>. De forma paladina se confiesa que no se va contra la indagación, pero sí contra la socialización de sus averiguaciones. El Tribunal

---

<sup>13</sup> A. Azurmendi, *Por un ‘derecho al olvido’ para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del TJUE del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29.12.2014*, en *Revista de Derecho Público*, 92-1/2015, p. 273 ss.; P. Simón, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Barcelona, 2015.

<sup>14</sup> A. Casares, *Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal: El olvido está lleno de memoria*, *Revista de Administración Pública*, 212/2020, p. 401 ss.

<sup>15</sup> G. Minero, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Pamplona, 2018, cap. 5, ap. 2.

<sup>16</sup> La Agencia Española de Protección de Datos ha añadido sencillamente, sin mayor problema, en su sitio web, en el epígrafe de la página sobre el “derecho de supresión”, el *right to erasure*, “al olvido” entre comillas y paréntesis (consulta, 15/04/2021).

<sup>17</sup> B. Clavero, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, cap. 3.

<sup>18</sup> U. Aberasturi, *Derecho a ser olvidado en Internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175/ 2016, p. 259 ss.; E. Guichot, *El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español*, en *Revista de Administración Pública*, 209-2/2019, p. 45 ss.

Constitucional lo avalará al tiempo que sigue ampliando el ámbito de aplicación del derecho al olvido mismo<sup>19</sup>.

Distinguiéndose entre “audiencia general” y la especializada, se pretende que la libertad de investigación queda incólume. Es una pretensión vana, un verdadero fraude. El derecho al olvido afecta tanto a la labor historiográfica o de otras ciencias sociales como a la ciudadanía de a pie que quiera igualmente informarse. El derecho al olvido estorba el acceso a información publicada legítimamente en origen. Puede llegar a dificultar, cuando no impedir, la publicación de datos obrantes en archivos u otros repositorios y, más todavía, los obtenibles por historia oral. Pero no nos anticipemos.

Queda el momento decisivo de la consagración por el Parlamento, obra de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales que ha entrado en vigor a finales de 2018 con la novedad del derecho al olvido. La votación parlamentaria había sido prácticamente unánime bajo el entendido de que se estaba incorporando y reglamentando derecho europeo<sup>20</sup>. Al derecho al olvido se le dedican dos largos artículos: “Derecho al olvido en búsquedas de Internet” y “Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes”. La ley se descuelga con una definición cumplida en los términos poco cautelosos de un derecho subjetivo universal que, como tal, preside el régimen administrativo de las reclamaciones de cancelación de enlaces para camuflaje de datos:

Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. [...] Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo [...].

Hay más. Nos encontramos con un derecho de fuerza expansiva, extendiéndose al universo proceloso de las redes sociales. Es una expansión a la que ya habían dado pie los tribunales. Ahora es cuando se asegura. En cuanto a derecho al olvido, es la ley la que sigue los pasos de la jurisprudencia y no al contrario:

Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información [...].

No importan aquí mayores detalles, con algunos más que se añaden, sino el núcleo del presunto derecho así configurado. Como está advertido, no nos ocupa ahora en sí la protección de datos, sino

---

<sup>19</sup> C. del Castillo *El Constitucional reconoce el derecho a diseñar un pasado a la medida (para quien se lo pueda permitir) y El Constitucional eleva el olvido a 'derecho fundamental' y abre la puerta a desaparecer de las hemerotecas digitales*, en “elDiario.es”, 26/06/2018.

<sup>20</sup> F. Martínez Vázquez, *La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, en A. Rallo (coord.), *Tratado de protección de datos actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, València, 2019, p. 53 ss.

esa construcción del olvido como derecho que, con todo su potencial, teóricamente preside<sup>21</sup>. No es principio que sirva para vivificar y articular la materia, sino dispositivo que la contamina e hipoteca. Tiene su agenda distinta, precisamente la del olvido que predica por encima de la protección de datos a causa de derechos como el de la privacidad y el de la propia imagen, acreditable o no.

El régimen de protección de datos ya no se atiene estrictamente a lo que anuncia. Al extenderse a los servicios de redes sociales se acerca peligrosamente al territorio más resbaladizo de las ideas. Al ampliar su espacio desde los motores de búsqueda a otros mecanismos de información y comunicación digitales, inclusive los internos de los medios, puede alcanzar fácilmente, vía los navegadores especializados de Google sobre libros en general y sobre trabajos académicos, a la investigación de ciencias sociales comenzándose por la historiografía que se ocupa de tiempos contemporáneos.

Faltan en la ley orgánica cautelas y salvaguardas específicas respecto al juego del derecho al olvido, añadidas a las que hay para la protección de datos personales. Una vez que se le concibe como derecho, el derecho al olvido tiende a independizarse cobrando vida propia, máxime entre las circunstancias existentes es España que ahora veremos. En la ley era el momento de consignar las cautelas. No va a hacerlo una justicia interna rendida por sí misma al derecho al olvido, un derecho que, si solo se tratase de protección de datos personales, sería llanamente innecesario. ¿Para qué erigir en derecho la eventual “tutela del interés al olvido”?<sup>22</sup>.

¿Qué falta hace el derecho al olvido? Viene aquí a cubrir excesos que ya estaban produciéndose. Su función puede ser más la de reforzar una amnesia social que la de garantizar un derecho personal. En 2019 se celebró en Valencia el X Encuentro de Investigadoras e Investigadores del Franquismo que, desde 1992, organiza la Red de Archivos de Comisiones Obreras, el sindicato. Esta edición la coorganiza el Departamento de Historia Moderna y Contemporánea de la Universidad de Valencia. En este encuentro se aprobó un “Manifiesto por los Archivos del Franquismo y la Memoria Democrática”<sup>23</sup>, uno de cuyos puntos reclama lo siguiente:

Pedimos que no se utilice la protección de datos personales y de la intimidad para impedir, mediante la ocultación o la destrucción de evidencias documentales, el conocimiento informado y responsable del pasado más reciente, sea para encubrir actuaciones ilegítimas (de los poderes públicos de la Dictadura), de impunidad (en las actuaciones de represión lesivas de los derechos humanos), de discriminación (de género y de las minorías y colectivos perseguidos por etnia o raza, orientación sexual, etc.) o de expolio (de bienes de colectivos y personas represaliadas, de recién nacidos, etc.).

Si nos atenemos a la definición legal que acabamos de ver, el derecho al olvido se configura como facultad de la parte interesada, no de terceros. Esto podría suponer un límite para su apreciación y aplicación, pero no es así. La práctica de la protección de datos ya venía excediéndose. Como se refleja en ese reciente manifiesto, las propias instituciones, comenzándose por los archivos, ejercen la iniciativa de ocultar datos y dificultar acceso. Ofrece base la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 1985, que no lo garantiza a fondos sensibles y permite interferencias administrativas de índole censora, y esto por no hablar de los efectos en la misma dirección de Ley de Secretos Oficiales que procede de tiempos franquistas. El derecho al olvido es una gota más<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Á. Cobacho, *Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital*, en *Revista de Derecho Político*, 104/2019, p. 197 ss.; A. Rallo, *Una nueva generación de derechos digitales*, en *Revista de Estudios Políticos*, 187/2020, p. 101 ss.

<sup>22</sup> T.A. Auletta, *Diritto alla riservatezza e 'droit à l'oubli'*, cit., pasaje citado.

<sup>23</sup> *X Trobada Internacional d'Investigadors del Franquisme*, València, 2020 pp.23-29 la versión castellana del manifiesto, punto tercero.

<sup>24</sup> A. González Quintana, Sergio Gálvez y Luís Castro (dirs.), *El acceso a los archivos en España*, Madrid, 2019; M. Tomico, *La Ley de Secretos Oficiales, una norma preconstitucional en deuda con la transparencia*, en “Newtral.es”, 16/02/2021.

#### 4. Disonancia de España en Europa con el derecho al olvido

¿Cómo se ha podido producir y además tan suavemente, sin que salten alarmas, tal transición en falso entre reparo europeo y consagración española del derecho al olvido como si el uno y la otra estuvieran respondiendo a una misma concepción? Es un fenómeno incomprensible si no atendemos a las condiciones dadas en España, unas condiciones que no toma en cuenta la ya, en pocos años, nutrida literatura jurídica sobre el derecho al olvido. No son un misterio, pero no dejemos de señalarlas, no vayan a ser ellas mismas presa de la desmemoria.

Aquí, en España, para el derecho al olvido el terreno estaba abonado. Hay un caldo de cultivo por el que el mismo vino enseguida a cobrar una dimensión insólita por hipertrofiada. Se trata del olvido mismo, el impuesto por la dictadura franquista, mantenido sin solución de continuidad en tiempos constitucionales, e incluso resistente a legislación de memoria<sup>25</sup>. Entre dictadura y constitucionalismo, contó con respaldo e impulso de las nuevas instituciones. No vamos a discutir si hubo o no hubo pacto de olvido, pero estrategias de olvido, haberlas, las ha habido, si no es que aún persisten con fases de acentuación. Han sintonizado con políticas deprimentes de libertades en general<sup>26</sup>. España se ha convertido internacionalmente en modelo para quienes estiman que el olvido es saludable en los trances de transición tras estados de dictadura o situaciones de conflicto generalizado si no se quiere que resulten en revoluciones<sup>27</sup>.

Innominadamente, el derecho al olvido viene funcionado a fondo desde el fin de la dictadura respecto a sus responsabilidades penales y no penales. Tampoco es que fuera necesario a este efecto. Tenía un precedente aún más eficaz: el derecho al honor de carácter selectivo, al honor incluso de los victimarios fallecidos. Entre, de una parte, un decreto preconstitucional sobre libertad de expresión que miraba al blindaje de las responsabilidades franquistas y, de otra, cubriendo análogo objetivo, la anteposición en la Constitución del “derecho al honor” a cualquier otro criterio demarcador del ejercicio de las libertades de investigación, información y expresión, el bloqueo de la memoria ya se había producido. El honor no ha sido el de las víctimas<sup>28</sup>.

Asistían otros factores, como una ley de amnistía también preconstitucional con efectos de punto final respecto a la criminalidad franquista, ley en esto potenciada por la continuidad de un personal judicial que adoptaba y retransmitía sin problemas la cultura de la impunidad procedente de la dictadura. Incluso una institución que se sustrajo a dicho continuismo como el Tribunal Constitucional ha asumido y mantiene la impunidad. Para su jurisprudencia la dictadura es materia de historiografía competente, no de derecho pendiente. Es lo que entiende el conjunto de la justicia y la plana mayor de los partidos que han venido sucediéndose en la presidencia del gobierno español<sup>29</sup>.

El olvido no se ha impuesto por vía frontal de impedimento de la investigación, aunque haya todavía inaccesibles fondos importantes de archivos. Incide lo que nos ha dicho el Tribunal Supremo sobre la distinción entre “audiencia” general de ciudadanía de a pie y la especializada de personal estudioso a efectos de que la segunda sepa cuanto quiera mientras que la primera ignore cuanto convenga. Con esto se salva la cara de las políticas adversas a la socialización del conocimiento. Define bien esta jurisprudencia lo que ha venido ocurriendo con un eficaz cortocircuito entre investigación e información. Asiste un diseño y una práctica de la enseñanza media que apenas se acercan al franquismo

<sup>25</sup> J. Bosch e I. Escolar, *El secuestro de la justicia. Virtudes y problemas del sistema judicial*, Madrid, 2018, cap. 6.

<sup>26</sup> J. García y P. Serrano, *Los gobiernos españoles contra las libertades*, Madrid, 2016; J. Bosch e I. Escolar, *El secuestro de la justicia*, cit., cap. 9.

<sup>27</sup> O.G. Encarnación, *Democracy without Justice in Spain: The Politics of Forgetting*, Filadelfia, 2014; A. Arato, *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge, 2017, cap. 3.

<sup>28</sup> B. Clavero, *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafueros*, Barcelona, Crítica, 2019, cap. 1; S. Faber, *El honor de los muertos y otros obstáculos a la libertad en España*, en “ctxt. Contexto y acción”, 29/01/2021.

<sup>29</sup> F. Espinosa, *Callar al mensajero. La represión franquista, entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, 2009 (hay edición inglesa ampliada); C. Jiménez Villarejo y A. Doñate, *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial*, Barcelona, 2012.



y unos medios que también han asumido la cultura de la impunidad. Que haya conocimiento, pero que no se participe. No ha hecho falta el derecho al olvido para que el olvido se imponga e impere.

Cuando el derecho al olvido llegó, tuvo desde luego la bienvenida más calurosa. El terreno estaba abonado por más bandas que la judicial. En el mismo campo del derecho, con anterioridad a la implosión jurisprudencial, ya existía una literatura patria adoptando la categoría del derecho al olvido que, dadas las circunstancias, se potenciaba más allá de lo que hacía la exterior sobre el “right to be forgotten” desarrollada en condiciones más o menos diversas<sup>30</sup>. Insistamos en que una cosa no equivale a la otra, más aún tras la última ley española de protección de datos.

No faltan advertencias constitucionalistas sobre los efectos más que dudosos del derecho al olvido a costa de las libertades tan fundamentales como las de investigación, información y expresión<sup>31</sup>, pero la pauta es de acogida con los brazos abiertos. El terreno estaba, más que sembrado y abonado, con la cosecha en sazón. Entre la sentencia europea, del Tribunal de Justicia, de mediados del 2014 y la española, de la Audiencia Nacional, de finales del mismo año, ya se podía estar dando contra evidencia por implantado el derecho al olvido no solo entre especialistas<sup>32</sup>. Los medios podían celebrar la noticia hasta extremos de presentar al presunto defraudador que dio origen al proceso como paladín conquistador, para toda la ciudadanía europea, de un nuevo derecho, el del olvido<sup>33</sup>.

Como estoy recordando lo que debe olvidarse, eso de que estamos en el caso “Google versus Spain” ante el encubrimiento retrospectivo de un fraude a la seguridad social, no he mencionado el nombre del interfecto, el ciudadano español que impulsó el proceso. Me aplico la autocensura por no sufrir la censura digital y lo que es peor, la judicial. No es broma<sup>34</sup>. Como expresa un sitio significado en la defensa de la memoria democrática, “las querellas interpuestas contra algunos historiadores exigen el pago de sumas elevadas a las que difícilmente pueden hacer frente. No somos héroes y, ante el temor de ser demandados, es posible que algunos recurran a la ocultación de datos o hagan referencia con iniciales ambiguas a los victimarios, un tipo de prácticas que nos recuerdan lo ocurrido en tiempos de la dictadura”<sup>35</sup>.

Al mismo Google se le convierte en agente de censura sumiendo en un insondable agujero negro sus desenlaces. Surgieron sitios para recuperar y salvar lo que Google censura y oculta, pero también han sido suprimidos por mano invisible. “Es posible que algunos resultados se hayan eliminado de acuerdo con la ley de protección de datos europea”, es el aviso para navegantes que nos puede salir al paso, con enlace a las reglas de solicitud de borrados, cuando emprendemos búsquedas por Google<sup>36</sup>. Aun con la diferencia de su entusiasmo por la versión pura y dura del

---

<sup>30</sup> P. Simón, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, València, 2012; A. Cobacho, *Responsabilidades de los webmasters y derecho al olvido digital*, en J. Valero (coord.), *La protección de datos digitales en internet ante riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Pamplona, 2013, p. 381 ss.; A. Touriño, *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*, Madrid, 2014; A. Rallo, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: CEPC), 2014.

<sup>31</sup> L. Cotino, [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 de derecho, a juzgar por un falso tribunal’](#), en J.I. Bel y L. Corredoira (dirs.), *Derecho de la información. El ejercicio de derecho a la información y su jurisprudencia*, Madrid (CEPC), 2015, p. 387 ss.

<sup>32</sup> “La Vanguardia”, 14/05/2014: *El español que venció al todopoderoso Google*; “El País”, 7/09/2014: *El ‘derecho al olvido’ enreda a Google*.

<sup>33</sup> “El País”, 23/01/2015: *La Audiencia Nacional reconoce por primera vez el ‘derecho al olvido’*, incluyendo pose de foto sonriente del presumible defraudador antaño a la seguridad social, al que se presenta como simplemente “moroso” en un caso que llegó a la ejecución judicial.

<sup>34</sup> *Censura judicial. Una jueza condena a CTXT por vulnerar el honor del famoso actor XXXXXXXX XXXXXXXX*, en “ctxt. Contexto y acción”, 13/01/2021. Tras la revocación de la sentencia en segunda instancia a mediados de setiembre puede decirse el nombre: Antonio Resines.

<sup>35</sup> *En defensa de la historia. Jaime del Burgo Torres: un nuevo intento de callar al mensajero*, en “Conversación sobre Historia”, 18/02/2021, presentación editorial.

<sup>36</sup> *What happened to the ‘right to be forgotten’?*, en “Free Speech Debate”, 17/02/2016 (hay versión en castellano del mismo sitio, pero con bastante menos material).

derecho al olvido, España pertenece al espacio europeo de navegación digital. Y en ella, aquí, pese a la Constitución, no faltan otras mordazas, otras prácticas censoras más o menos sutiles<sup>37</sup>.

Pues no vamos a introducirnos en el régimen de protección de datos, no contemplamos el alcance de la disonancia española más allá de la entronización del derecho al olvido en su sentido estricto como tal derecho, una criatura española por mucho que se le quiera endosar a Europa. De España incluso vino el impulso del caso *Google* que se identifica falsamente con la adopción europea del derecho al olvido. Hay quienes parecen sentir orgullo ante el papel jugado por España en tan malhadada invención<sup>38</sup>. Por lo común, tan dudoso mérito suele atribuirse al Tribunal de Justicia Europeo con la parte que jugara España.

## 5. ¿Derecho al olvido o derecho a la verdad entre derechos de libertad?

El derecho al olvido ha venido para quedarse entre quienes lo postulan y todo el resto pues se nos impone. Aquí lo tenemos para establecerse no de cualquier manera, sino como derecho fundamental entre derechos fundamentales, el derecho al olvido en compañía y al mismo nivel que las libertades cualificadas como especie superior de derechos por el orden constitucional y por el ordenamiento internacional de derechos humanos. Observemos bien hasta qué extremos está pudiendo llegarse<sup>39</sup>:

El derecho al olvido permite a los interesados obtener el borrado y cifrado online de sus datos personales cuando éstos resulten perjudiciales para sus derechos fundamentales y, aunque se configura como una suerte de regla general, el derecho al olvido está sujeto a restricciones e intromisiones. Éstas se contemplan expresamente en las normas reguladoras y se derivan también de la jurisprudencia existente, especialmente por lo que respecta a la colisión con otros derechos fundamentales. Así, la doctrina constitucional en torno a las limitaciones del derecho a la libertad de expresión e información ha quedado obsoleta por la nueva coyuntura digital, principalmente debido a la invalidación de la cláusula *exceptio veritatis* como elemento de ponderación y a la incorporación del factor tiempo en dicho examen.

En sustancia se nos está diciendo que el derecho al olvido ha venido a entrar “en colisión con otros derechos fundamentales”, otros entonces porque él mismo lo es, fundamental, tan fundamental que sirve ahora a la defensa de derechos de este carácter. Tal es su alcance que “la doctrina constitucional” sobre el ejercicio “del derecho a la libertad de información y expresión ha quedado obsoleta”. La obsolescencia se atribuye al advenimiento de la era digital. En consecuencia, se produce “la invalidación” de la *exceptio veritatis*, la posibilidad de hacer valer la verdad frente al derecho al olvido, en cuanto que “elemento de ponderación”, la que, por lo visto, procede entre derechos fundamentales que así han de sufrir “limitaciones” entre sí.

La invalidación de la *exceptio veritatis* o inadmisibilidad de la verdad como eximente es ocurrencia que problemáticamente juega de tiempo, de cuando el latín era la lengua europea de la academia, en supuestos delictivos como los de difamación, injuria o calumnia<sup>40</sup>, lo que no es aquí exactamente el caso. Interesa, sin embargo, la indicación por la contraposición que marca entre derecho a olvido y acreditación de verdad, contraposición en la que además el primero se hace prevalecer sobre la segunda. La misma ponderación se truca con la irrupción y anteposición del nuevo derecho.

<sup>37</sup> M. Peinador, *Invisibilización legitimada: Censura en la España del siglo XXI*, en B. Kern y otros, *(Un-)Sichtbarkeiten*, Munich, 2017, p. 215 ss.; M. Gonzalo, *El derecho al olvido: siete años y 1.600.000 enlaces borrados*, en “Newtral.es”, 7/04/2021.

<sup>38</sup> M. Silva, *El ‘derecho al olvido’ como aportación española y el papel de la Abogacía del Estado*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 38/2014, pp. 7-12.

<sup>39</sup> M. Sancho, *Límites del derecho al olvido. Veracidad y tiempo como factores de ponderación*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 32/2020, artículo sexto, resumen capitular.

<sup>40</sup> F.G. Zoller, *Exercitatio iuridica quaestionem contunens an et quatenus exceptio veritatis a poena iniuriarum liberet*, Leipzig, 1771.

Son palabras mayores que producen además nada menos que la caducidad de lo que venimos entendiendo como libertades básicas y en concreto las que pueden conducir a la averiguación de verdad, las de investigación, información y expresión. Se nos dice que la era digital ha afectado a la verdad. Se nos sitúa en la composición de lugar de que estamos en tiempos de posverdad como si esta no se hubiera ejercitado de tiempo por las dictaduras, inclusive a fondo por la franquista desde su arranque<sup>41</sup>.

¿Qué es la verdad, eso que se contrapone al olvido? ¿Qué lo es a efectos tanto de derecho como de historiografía o de ciencia social? Aquí no nos andamos con historias sagradas ni con metafísicas laicas, sino con experiencia humana. A unos efectos tan solo de derecho, debemos interrogarnos por la verdad, por una verdad que, aun con entidad por sí nunca definitiva, merezca tomarse en cuenta o, dicho de otra forma, no ser objeto deliberado de olvido. Así podremos comenzar a orientarnos en ese laberinto de colisiones y ponderaciones entre derechos que comprenden la investigación, la comunicación, la información, la expresión y también la personalidad y la intimidad.

Porque verdad no pueda decirse que la haya en términos absolutos, no deja por ello de poder materializarse a efectos tanto jurídicos como de ciencias sociales. No hace falta que nos lo cuestionemos para las naturales si es que la distinción cabe. Pues bien, verdad es el conocimiento accesible mediante procedimientos acreditados de investigación, ya contradictorios judiciales, ya indagatorios académicos, periodísticos o ciudadanos. De esto es de lo que hablamos cuando se habla de derecho a la verdad, de esta misma como principio de ordenamiento y objetivo de justicia. Verdad es la verdad al alcance de la justicia formal, de la ciencia social o del buen periodismo, cada cual con sus respectivos protocolos de acreditación conforme a sus posibilidades y finalidades<sup>42</sup>.

De derecho a la verdad también se habla. Se hace desde Naciones Unidas. Su primera formulación institucional, por la entonces Comisión de Derechos Humanos, data de 1997. En 2006 la Convención para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas reconoce “el derecho a conocer la verdad”. En 2013, la Asamblea General reconoce “el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos”<sup>43</sup>. Naciones Unidas tiene establecido el 24 de marzo como Día Internacional para el Derecho a la Verdad en Relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas<sup>44</sup>. A estos efectos, no con carácter general, es derecho que se hace vivo por obra de una Relatoría Especial sobre Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición del Consejo de Derechos Humanos creada en 2011<sup>45</sup>.

Esta última instancia, ocupándose de las salidas de dictaduras y de otras situaciones de violación masiva de derechos humanos, dedica en 2014 al caso del posfranquismo un informe bastante negativo que los gobiernos españoles vienen olímpicamente ignorando. Y en Europa se actúa como si esto no fuera con ella. Desde Naciones Unidas, se promociona el derecho a la verdad, no al olvido<sup>46</sup>. Huelga reiterar que en España no ha habido ni justicia ni otra instancia oficial de verdad

---

<sup>41</sup> *Dictamen de la Comisión sobre Ilegitimidad de Poderes Actuantes en 18 de Julio de 1936*, Madrid, 1939; R.J. Evans, *The Hitler Conspiracies: The Third Reich and the Paranoid Imagination*, Londres, 2020.

<sup>42</sup> V. Petrović, *The Emergence of Historical Forensic Expertise: Clio Takes the Stand*, Nueva York, 2017; J. Rauch, *The Constitution of Knowledge: A Defense of Truth*, Washington, 2021.

<sup>43</sup> <https://undocs.org/pdf/symbol=es/A/RES/68/165>.

<sup>44</sup> <https://undocs.org/es/A/RES/65/196>.

<sup>45</sup> <https://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>.

<sup>46</sup> Y. Naqvi, *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, en *International Review of the Red Cross*, 862/2006, art. 3; J-M. López Ulla, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Pamplona, 2015; J. Rodríguez, *Derecho a la Verdad y Derecho Internacional en relación con graves violaciones de los Derechos Humanos*, Madrid, 2017; H.A. Relva, *Three propositions for a future Convention on Crimes Against Humanity: The prohibition of amnesties, military courts, and reservations*, en *Journal of International Criminal Justice*, 16-4/ 2018) p. 857 ss.; M. Klinkner y H. Davis, *The Right to the Truth in International Law: Victims' Rights in Human Rights and International Criminal Law*; Londres, 2020; J. Boel, P. Canavaggio y A. González Quintana (coords.), *Archives and Human Rights*, Londres, 2021, parte I.

respecto a la criminalidad franquista<sup>47</sup>. Aquí, por imperio de la impunidad, el olvido impera desde antes de decirse derecho, aunque tampoco es que esto sea una completa exclusiva.

Asoma por otras latitudes. Pues unos Acuerdos de Paz de 2016 para acabar con una larga guerra civil sangrienta y depredadora incluyen la constitución de una Comisión de la Verdad con inspiración explícita en el derecho internacional de derechos humanos, miremos a Colombia<sup>48</sup>. También aquí se hace ahora presente el derecho al olvido. Se le contempla como un principio de apariencia inocente para articular la materia de la protección de datos, pero también se le eleva sospechosamente de forma explícita a derecho fundamental entre otros derechos fundamentales con sus implicaciones de limitación no solo de unas libertades, sino además del derecho a la verdad<sup>49</sup>. Es un derecho tóxico. Así puede contribuirse al fomento de un clima nada favorable al debido cumplimiento de los Acuerdos de Paz. Añadamos que, en el ámbito latinoamericano, asoma el olvido como “derecho humano”, tal cual<sup>50</sup>.

Bien es verdad que de dichas latitudes de las Américas también nos llegan buenas indicaciones de que el derecho al olvido digital puede afectar negativamente a memoria y a justicia<sup>51</sup>. Además, en el sistema americano de derechos humanos, al contrario que en el europeo, está expresamente reconocido y elaborado el derecho a la verdad como derecho tal, humano<sup>52</sup>. Aquí no nos ocupamos de las Américas, pero dejemos marcado el contraste del perfil muy inferior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al derecho a la verdad<sup>53</sup>. Peor suerte correría el olvido en España si esta jurisprudencia europea fuera comparable a la interamericana. Recordemos sus orígenes conservadores<sup>54</sup>, aunque estos no tengan por qué ser determinantes.

En España resulta pasmosa la diligencia en adoptar el derecho al olvido y la resistencia a hacerlo con el derecho a la verdad. Asombra la acogida calurosa del uno y el rechazo pertinaz del otro. No hay más explicación a mi entender que la ya dicha de que el primero, el derecho al olvido, estaba ya bien arraigado desde antes de que el mismo se verbalizara y cobrara cuerpo, con bastante anterioridad a que la jurisprudencia y la legislación lo registraran e impusieran. En este contexto, ni la contracción más estricta del derecho al olvido al campo de la protección de datos resulta inocente.

El derecho al olvido no es criatura de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y un Parlamento casi unánime. Ya existía no sólo aquí<sup>55</sup>. Una aplicación infame fue tras 1945 entre nazis<sup>56</sup>. Ahora se le identifica en España como algo propio. ¡Eureka, esto es lo nuestro!, pareciera exclamarse al unísono desde tan altas instituciones. No es que haya una operación deliberada. El imperio del derecho al olvido genera un estado de inconsciencia. No estamos ante un producto de era digital, sino de tiempos franquistas. La hipoteca legada por la

<sup>47</sup> J. Chinchón, *A propósito de la visión interna e internacional de la realidad: Transición española, crímenes internacionales, olvido y memoria*, en J. Vallejo y S. Martín (coords.), *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Pamplona, 2019, p. 693 ss.

<sup>48</sup> J. Español, *Literatura y derecho. Discursos literarios y jurídicos de la memoria histórica en Colombia y en España*, Bogotá, 2021.

<sup>49</sup> J.I. Torres, *El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución*, en *Pensamiento Jurídico*, 47/2018, p. 167 ss., de autor peruano en revista colombiana; J.C. Muñoz Losada, *El derecho al olvido en Colombia: análisis doctrinal y jurisdiccional*, en *Revista Jurídica Piélagos*, 19-1/2020, artículo segundo, también como derecho fundamental.

<sup>50</sup> K. Serrano, *El derecho humano al olvido: Un estudio de derecho comparado desde las teorías garantistas y del derecho penal del enemigo en España, Chile, Colombia y México*, trabajo de máster, 2019, repositorio online de la Universidad Autónoma del Estado de México.

<sup>51</sup> J.C. Díaz Colchado, *Olvido digital vs. verdad: el impacto del derecho al olvido digital en la preservación en internet de la memoria histórica sobre violaciones a derechos humanos y actos de corrupción*, en *Pensamiento Constitucional*, 24/2019, pp. 27-47.

<sup>52</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la verdad en las Américas*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2014.

<sup>53</sup> M. Klinkner y H. Davis, *The Right to the Truth in International Law*, cit., cap. 7.

<sup>54</sup> M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford, 2017.

<sup>55</sup> M. Casino, *El derecho al secreto del deshonor*, en *Revista de Administración Pública*, 213/2020, p. 225 ss.

<sup>56</sup> F. Taylor, *Exorcising Hitler: The Occupation and Denazification of Germany*, Londres, Bloomsbury, 2011, cap. 11.

dictadura arroja una sombra larga y tupida. Aún pesa en el derecho y en la justicia. La casta jurídica, tanto la judicial como la académica, está narcotizada con el olvido institucionalizado<sup>57</sup>, favoreciendo una práctica del derecho y de la justicia más y más insensible para con las exigencias de los derechos, de las garantías y de la democracia constitucional<sup>58</sup>.

Así se suma el derecho al olvido al estado de desmemoria, un estado que fue en mucho y sigue siendo en algo inducida. Quienes fueron doblemente víctimas, del poder dictatorial y del olvido constitucional, han tenido memoria, una memoria a la que no se le reconoce derecho a sí misma ni a su socialización<sup>59</sup>. Uno de los legados onerosos de la dictadura es que no haya ni visos del derecho a la verdad y lo tengamos con creces al olvido<sup>60</sup>. Entronizado este segundo como un derecho fundamental entre los derechos fundamentales, se plantea entonces, como hemos visto, la ponderación entre ellos en los casos concretos de forma que los que sufren son ante todos los derechos de conocer, comunicar y debatir: las libertades de investigación, información y expresión. Por quienes aceptan hoy esta composición, se trata así de ver dónde llega el derecho al olvido para determinar dónde alcanzan unas libertades. La operación se formula de modo que concede precedencia al olvido. De esto es de lo que se viene tratando en España desde que feneció la dictadura franquista y se cuenta con libertades.

Imagínese que, en vez del derecho al olvido, tuviéramos el derecho a la verdad. Es fácil si lo intentáis. Las libertades de investigación, información y expresión se regenerarían como derechos individuales y como dispositivos democráticos, ambas cosas. Se crearían condiciones para que pudiera producirse la socialización del conocimiento acabándose con la degradación de la ciudadanía común a “audiencia” pasiva bajo vigilancia y censura. Se desvanecería igualmente la posibilidad de la “autodeterminación” del individuo reinventando su personalidad en el mundo virtual del ciberespacio real. Se dificultaría que este se convirtiera en refugio y trinchera de maleantes habituales, líderes y lideresas comprendidos. Igualmente se facilitaría el develamiento de la posverdad junto a la puesta en evidencia del olvido. Podría con todo prevalecer sobre la manipulación la transparencia, la verdad factible en suma.

Todo ello además se podría conseguir sin que tuvieran por qué resentirse los derechos a la privacidad y a la propia imagen. El mismo régimen de protección de datos personales podría sostenerse constitucionalmente mejor, por respetar libertades, sin los excesos hoy encubiertos con la invocación del derecho al olvido. Juzgad por ustedes mismos, vosotras y vosotros. ¿Qué derecho encierra un valor que le haga merecedor de constituirse en derecho fundamental junto a otros derechos de ejercicio de libertad, el derecho a la verdad accesible o el derecho al olvido impuesto? ¿Y cuál reúne condiciones para poder predicarse como universal, de todas y todos? ¿De verdad que el olvido tiene virtudes sin secuelas? Pues hay antídotos<sup>61</sup>, no entro aquí en debate con quienes descalifican la memoria reduciéndola a morbo social y arma política sin conexión con las responsabilidades de la historiografía como profesión<sup>62</sup>.

El olvido digital es el olvido de origen y aliento dictatorial, de la dictadura franquista en España. No nos engañemos ni dejemos embaucar. Este derecho de edad infantil pero crecida no es más que una máscara que se superpone a otras máscaras, las máscaras que vienen calzándose verdugos,

---

<sup>57</sup> R. Escudero, *La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica*, en F. Fernández Crehuet y D.J. García López (coords.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, 2009, pp. 33-60; A. Esteban, D. Etura y M. Tomasoni (coords.), *La alargada sombra del franquismo. Naturaleza, mecanismos de pervivencia y huellas de la dictadura*, Granada, 2019; S. Faber, *Exhuming Franco: Spain's Second Transition*, Nashville, 2021.

<sup>58</sup> Transcendiendo el caso que contempla, J.A. Martín Pallín, *El gobierno de las togas. Proceso al prócer*, Madrid, 2020.

<sup>59</sup> E. Silva, A. Esteban, J. Castán y P. Salvador (coords.), *La memoria de los olvidados. Un debate sobre el silencio de la represión franquista*, Valladolid, 2004; F. Gómez Isa (coord.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, 2006,

<sup>60</sup> B. Clavero, *España: desmemoria del derecho y memoria del sinderecho*, en “América Latina en movimiento”, 13/04/2010.

<sup>61</sup> P. Levi, *Deber de memoria*, Buenos Aires, 2006; F. Espinosa, *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona, 2006; R. Escudero (coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, 2011.

<sup>62</sup> S. Juliá, *Elogio de Historia en tiempo de Memoria*, Madrid, 2011; J. Cercas, *El impostor*, Barcelona, 2014; D. Rieff, *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica*, Barcelona, 2017.

depredadores, saqueadores, herederos, sobre todo ahora estos, los sucesores, más los cómplices, una multitud difusa cargada de buena conciencia, ellos y ellas. Ahí, sin solución de continuidad ni social ni patrimonial, hunde sus raíces el olvido institucionalizado que ahora se dice derecho. Los augurios no son halagüeños. Ya se puede recurrir a la doble máscara, la del derecho al honor y la del derecho al olvido, en su versión ambos española.

Si este derecho al olvido es una aportación española al derecho europeo en el escenario de una deriva iliberal de la justicia interna, apunta en la línea de la subversión del constitucionalismo que hoy encabezan Hungría y Polonia dentro de la Unión Europea ante la perplejidad de la propia Europa<sup>63</sup>. Su éxito responde a este signo, sea consciente o inconscientemente, pues hay bastante complicidad y mucha ingenuidad en el mundo profesional no sólo español del derecho. No es de extrañar que, en España, el derecho al olvido esté alcanzando éxito más allá, bastante más allá, de lo que podría requerir la protección de datos personales en la era digital<sup>64</sup>. Al oponernos, quienes somos profesionales de la investigación o de la comunicación no estamos defendiendo solamente nuestro trabajo y nuestra dignidad.

## 6. Escenario de un derecho: el imperio español de la desmemoria

Pongamos que el derecho al olvido sea un dispositivo que refuerza la protección de datos personales. Podría ser. No lo niego. Un acreditado especialista en derecho digital atribuye a la referida sentencia de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la invención del derecho al olvido asegurándonos que así marcó un parteaguas: “un hito a nivel mundial” al representar “la primera consagración” de un tal derecho como principio operativo en la protección de datos personales. Y este sería un juicio “unánime en la doctrina” a tal nivel planetario. De hecho, no es exclusiva española<sup>65</sup>.

¿A qué viene esta ilusión de transcendencia? Parece cumplir la función ideológica de eludir la ubicación del derecho. Este no opera en el vacío de la universalidad, sino en el firme de la particularidad. No estamos hablando del sentido del derecho al olvido, sino de su juego en nuestras circunstancias, las españolas y las europeas. Andamos por espacios que, antes de inventarse tal derecho, vienen debatiéndose entre la memoria y el desentendimiento<sup>66</sup>. Concretemos más. Es un dilema directamente condicionado por el recuerdo o el olvido, la responsabilidad o la impunidad, de la barbarie desatada en la última guerra mundial que arrancó con la de España mal llamada civil<sup>67</sup>. Y al efecto el caso español oficial resulta peculiar por ser el que más empecinadamente se resiste al ajuste de la memoria.

¿Cómo puede hablarse del derecho al olvido, aunque sea con un alcance limitado a la protección de datos, abstrayéndose por completo de la condición de amnesia? Cobremos perspectiva sobre esta situación de olvido colectivo. Permítaseme introducir con un tono personal. En mi pueblo, Cazalla de la Sierra en la Provincia de Sevilla, territorio de guerrilla y antiguerrilla durante los años cuarenta del siglo pasado, había un juez de instrucción más bien novato y muy cumplidor, igual que mi padre, el notario de la plaza. De niño, le tuve cariño como buen amigo de la familia; de joven, aprecio como magistrado en Sevilla. Pasando el tiempo, me ha costado apercibirme de que aquel juez fuera un prevaricador de por vida, de una vida transcurrida en circunstancias que clamaban por justicia. En

<sup>63</sup> W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; A. Antal, *The Rise of Hungarian Populism: State Autocracy and the Orbán Regime*, Bingley, 2019; B. Clavero, *Constitución a la deriva*, cit., la española.

<sup>64</sup> F. Werro (coord.), *The Right to Be Forgotten: A Comparative Study*, cit., sin capítulo español curiosamente; M. Belov (coord.), *The IT Revolution and its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Oxford, 2021, parte V.

<sup>65</sup> E. Guichot, *El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido*, cit., pp. 45 y 83.

<sup>66</sup> N. Kopolov, *Memory Wars, Memory Laws: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge, 2018; J. Collings, *Scales of Memory: Constitutional Justice and Historical Evil*, Oxford, 2021.

<sup>67</sup> Á. Viñas. *La República Española en guerra*, Barcelona, 2014.

verdad, hasta que mis mayores fallecieron, no me atreví a pensar por mi cuenta y riesgo en verdugos, cómplices o encubridores entre familiares y amistades. Me educó en la cultura imperante de la desmemoria y la impunidad, el caldo de cultivo de malos historiadores y peores juristas<sup>68</sup>.

Con guerrilla a la defensiva y una antiguerrilla que no concedía cuartel, se producían muertes. Entre las obligaciones elementales de un juez de instrucción, entonces como hoy, figura la de personarse para iniciar diligencias conducentes al debido proceso. Aun con la captura militar de la justicia en aquellos tiempos, aunque la competencia final recayera en organismos castrenses dudosamente judiciales, tal era la obligación primaria del juez local. Sin embargo, entre tanta muerte<sup>69</sup>, inclusive las de fosas anónimas junto a la tapia del cementerio, el juez de Cazalla sólo se personó en un caso, el de un terrateniente muerto por la guerrilla. Había un centro de tortura en las ruinas de un monasterio cartujo, hoy establecimiento hotelero. El juez de Cazalla nunca se hizo vivo en aquellas dependencias en las que se cometían notorios delitos sangrientos. Ni tampoco se dio por enterado de la existencia de las fosas<sup>70</sup>. Era juez de primera instancia civil e instrucción penal, pero no funcionaba a efecto alguno cuando se trataba de casos de iniquidad de la dictadura. Teniendo que saber lo que había<sup>71</sup>, esto se llama prevaricación, una prevaricación sistémica. Desde temprano se estableció que la justicia sólo actuaría en “situaciones normales de derecho”. Interpretese<sup>72</sup>.

El caso del juez de Cazalla no era nada singular, sino característico de todo el aparato de justicia de instrucción, una justicia casi toda ella tirando a joven y toda ella sumisa tras su depuración concienzuda por parte de la dictadura. Es la generación que ocupaba las altas instancias de la magistratura cuando ésta feneció, transitando impunemente entre régimen dictatorial y sistema constitucional. No sólo regía sobre la justicia, sino también, de hecho, sobre su reproducción con unas prácticas bastante endogámicas de formación de nuevas generaciones de jueces. La incorporación del derecho constitucional al temario de acceso a la judicatura no interrumpiría dicho hilo de continuidad. Dígase lo propio de su tratamiento en las facultades sin atención a responsabilidades pendientes. No es de extrañar que la cultura judicial prevaricadora se reprodujera sin problema<sup>73</sup>. Son factores decisivos para la amnesia especialmente operativa en el mundo de una justicia de raíz deferente con la represión judicializada. Un tribunal especial de la dictadura se convierte, el mismo, en ordinario tras ella<sup>74</sup>.

La Ley de Amnistía de 1977, una ley preconstitucional de punto final en lo que interesa a la criminalidad franquista, ayudaría desde luego. No obstante, sin dicha cultura judicial de por sí amnésica a fuer de prevaricadora no se entiende que esta ley prevalezca hasta hoy sobre la Constitución, sobre el derecho a la tutela de la justicia, al acceso a ella. Con esto y siendo preconstitucional, cualquier órgano judicial podría ignorarla sin más, mas no hay tal. Suele ponerse el acento en el momento político del olvido, pero el judicial es más eficaz por más insidioso<sup>75</sup>.

¿Va a extrañar que la justicia, pese a la Constitución, ni ignore la ley de punto final ni tampoco comparezca ahora cuando se exhuman cadáveres de fosas anónimas? No cabe decir que, con el transcurso del tiempo, el asunto de la identificación de los cadáveres y de sus victimarios es asunto

---

<sup>68</sup> B. Clavero, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona, 2013.

<sup>69</sup> M. Yusta, *Una guerra que no dice su nombre. Los usos de la violencia en el contexto de la guerrilla antifranquista, 1939-1953*, en *Historia Social*, 61/2008, p. 109 ss.

<sup>70</sup> J.A. Jiménez Cubero, *¡A vida o muerte! Guerrillas antifranquistas en la Sierra Norte de Sevilla, 1937-1951*, Sevilla, 2016.

<sup>71</sup> J.A. Jiménez Cubero, *Con nombres y apellidos. Represión franquista en Cazalla de la Sierra, 1936-1950*, Sevilla, 2011.

<sup>72</sup> Y. Blasco, *Soporte jurídico de las depuraciones*, en J. Cuesta (coord.), *La depuración de funcionarios bajo la dictadura franquista, 1936-1975*, Madrid, 2009, cap. 1.

<sup>73</sup> M. Lanero, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo, 1936-1945*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996; R. Sáez, *Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo*, en *Mientras Tanto*, 114/2010, p. 41 ss.; F. Fernández Crehuet, *Jueces bajo el franquismo. Once historias (y una nota sobre la depuración de los funcionarios judiciales)*, Granada, Comares, 2011.

<sup>74</sup> J.J. del Águila, *El TOP, la represión de la libertad, 1963-1977*, ed. ampliada, Madrid, 2020.

<sup>75</sup> R. Jimeno, *Amnistías, perdones y justicia transicional. El pacto de silencio español*, Arre, 2018; J. Collings, *Scales of Memory*, cit., p. 18.

de historia, no de derecho, pues esto debe determinarse precisamente por la justicia caso por caso incluso a los efectos eventuales de exclusión de responsabilidades por efecto de la prescripción. Y ocurre además que los crímenes de estas características, según el derecho internacional, puede que no sean prescriptibles. En particular, el plazo de prescripción del delito de desaparición forzosa puede argumentarse que no comienza a computarse hasta el momento de exhumación e identificación de restos humanos. Y a la responsabilidad penal se unen las de indemnización civil y de reparación política. Todo esto es la justicia la que debe dirimirlo. A la contra arguye la misma que el proceso penal no está habilitado para este tipo de historias. Precisamente, por sí sola se ha inhabilitado<sup>76</sup>.

Tenemos así responsabilidades graves no saldadas. No sólo las hay por delitos de sangre, sino también por delincuencia económica a escala igualmente masiva. La larga dictadura franquista no sólo se cimentó en una enorme masacre de civiles combatientes y no combatientes, ellas y ellos<sup>77</sup>, sino también sobre un monumental expolio patrimonial, con delitos en serie de más difícil prescripción por su continuidad en el tiempo hasta hoy. También era delictiva la utilización de presos y presas políticos como mano de obra prácticamente esclava<sup>78</sup>. Y hubo más, como el refugio en España de corporaciones cómplices del nazismo escapando a la justicia internacional y jugando un significativo papel en el despegue de empresas españolas todavía, con uno u otro nombre, hoy existentes. También se cometieron delitos corporativos difícilmente prescriptibles. ¿Y qué decir de una iglesia, la católica, en todos estos órdenes, del enriquecimiento a fondo con la dictadura al fomento empecinado de la tergiversación de la historia? Y no hablemos de las fuerzas militares y de las debilidades monárquicas tan refractarias ambas, dadas sus respectivas historias, a memoria solvente<sup>79</sup>.

A lo que aquí importa, con los intereses que se arrastran tanto públicos como privados, el producto es la desmemoria, una desmemoria profundamente interiorizada en el corazón mismo del Estado frente a la cual poco puede la historiografía, incluso la más empeñada. Las propias leyes de memoria, una del Estado y varias de Comunidades Autónomas<sup>80</sup>, se muestran incapaces de imprimir un giro. Cuando el intento ha ido en serio, choca de frente con el Tribunal Constitucional<sup>81</sup>. A superar tamaños obstáculos pueden ayudar las comisiones de verdad, aunque sea ahora al cabo del tiempo si la justicia no ha funcionado al efecto y sigue careciendo de capacidad para hacerlo<sup>82</sup>. Las hay igual de oficiales que no se toman en cuenta como tales<sup>83</sup>. El ejercicio no depende del nombre, el de derecho a la verdad, más aún si a éste se le desvincula de su razón de ser, la recuperación de la memoria de iniquidades e impunidades<sup>84</sup>.

En fin, no nos hagamos ilusiones. Conspiran contra la memoria más, mucho más, que la mala voluntad política y la pésima cultura judicial. Estamos en una situación de amnesia institucionalizada y

<sup>76</sup> J. Chinchón, L. Vicente y A. Moreno, *La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un informe jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de Naciones Unidas*, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 2/2014, p. 66 ss.

<sup>77</sup> P. Preston, *El holocausto español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona, 2011.

<sup>78</sup> J. Rodrigo, *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona, 2005; G. Gómez Bravo, *El exilio interior. Cárcel y represión en la España franquista, 1939-1950*, Madrid, 2009; J.C. García Funes, *Espacios de castigo y trabajo forzado en el sistema concentracionario franquista*, tesis doctoral, 2017, repositorio online de la Universidad Pública de Navarra.

<sup>79</sup> A. Maestre, *Franquismo S.A.*, Madrid, 2019; M. Sánchez Soler, *Los ricos de Franco. Grandes magnates de la dictadura, altos financieros de la democracia*, Madrid, 2020; Á Munárriz, *Iglesia S.A. Dinero y poder de la multinacional vaticana en España*, Madrid, 2019; D. Lustig, *Veiled Power: International Law and the Private Corporation, 1886-1981*, Oxford, 2020, caps. 4 y 5.

<sup>80</sup> J.L. de la Cuesta y M. Odriozola, *Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20/2018, artículo 8; J. Guixé, J. Alonso y R. Conesa (coords.), *Diez años de leyes y políticas de memoria, 2007-2017*, Madrid, Catarata, 2019.

<sup>81</sup> B. Clavero, *Constitución a la deriva*, cit., cap. 1; contrástese J. Collings, *Scales of Memory*, cit., parte III.

<sup>82</sup> R.I. Rotberg y D. Thompson (coords.), *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 2000; W.A. Schabas y S. Darcy (coords.), *Truth Commissions and Courts: The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, Dordrecht, 2004.

<sup>83</sup> R. Breitman, N.J.W. Goda, T. Naftali y R. Wolff, *U.S. Intelligence and the Nazis*, Cambridge, 2005.

<sup>84</sup> M. de Prada (coord.), *Derecho a la verdad. Perspectiva y regulación*, Valencia, 2021.



constituyente<sup>85</sup>. No es que se haya enquistado el franquismo en el tiempo constitucional, sino que éste se inauguró y permanece bajo el peso de la hipoteca de un complejo posfranquista que ni sabe ni quiere liberarse. Con estas coordenadas, el derecho personal al olvido de datos propios se muta en coartada de una sujeción social a la desmemoria de la propia historia. Como consecuencia, la historiografía que recupera pasado perdido se encuentra a sí misma en un reducto de debate sobre desmemoria y de docencia sobre memoria, ejerciendo a la contra y con limitados efectos transitorios las libertades de investigación, comunicación y expresión<sup>86</sup>.

## 7. Libertades fundamentales y derecho al olvido

Regresemos, para concluir, al primer epígrafe cambiando el orden de los factores, las libertades fundamentales por delante del derecho al olvido; en particular, al efecto, libertades tales como las de investigación, información y comunicación. En términos temporales, la precedencia es patente. El derecho al olvido como derecho fundamental es invento del siglo XXI. La concepción como libertades constitucionales de la investigación, la información y la comunicación procede del siglo XVIII.

Se produjo en el mismo momento de la invención del constitucionalismo, esto es, de un sistema institucional que parte del reconocimiento de derechos y de la necesidad de garantías. Suele decirse que fue un invento europeo, ya británico, ya francés, pero no hay tal. En base ciertamente a dispositivos culturales importados de Europa por población migrante o, mejor dicho, invasora en América, el invento fue americano; más en concreto, de colonos europeos que se independizaron de Europa principalmente para empoderarse de cara a la población indígena invadida. Este es el contexto en el que se concibieron el constitucionalismo y sus libertades en beneficio de colonos doblados en ciudadanos de unos Estados Unidos de América<sup>87</sup>. La historia que suele contarse por constitucionalistas de profesión es enteramente otra porque, abstrayéndose de circunstancias, puede así darse por legitimado un constitucionalismo de poderes, antes que de derechos, desde sus orígenes y hasta hoy<sup>88</sup>.

Esto viene a cuento por la aparición estelar de las concretas libertades dichas desde un primer momento. Antes de la independencia de las colonias del caso, un congreso de las mismas intenta describir el sistema que postulan. Entre otros elementos que se presentan como “grand rights”, grandes derechos, aparece lo siguiente: “La relevancia de ésta (la libertad de prensa) radica, además de en el avance de la verdad, la ciencia, la moral y las artes en general, en su difusión de sentimientos liberales sobre la gestión de los poderes públicos; en su pronta comunicación de pensamientos entre los conciudadanos y su consiguiente promoción de la unión entre los mismos, por cuya virtud las autoridades opresoras se ven avergonzadas o compelidas a formas más honorables y justas de conducir los asuntos públicos”. Mas tampoco nos engañemos con la historia. Aquella comunidad constituyente lo era de varones eurodescendientes dotándose de poderes frente a todo el resto y, en su intención, para los restos<sup>89</sup>.

Suele afirmarse que los derechos constitucionales aparecen en la historia como derechos individuales; así, los derechos personales a investigar, informarse y comunicar. No es exactamente el

---

<sup>85</sup> B. Clavero, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, 2014; F. Espinosa, *Las raíces del olvido: la España amnésica*, en J. Vallejo y S. Martín (coords.), *En Antidora*, cit., pp. 661-676.

<sup>86</sup> F. Espinosa, *Luchas de historias, luchas de memorias. España, 2002-2015*, Sevilla, 2015; A. Reig, *La crítica de la crítica, Inconsecuentes, insustanciales, impotentes, prepotentes y equidistantes*, Madrid, 2017; E.J. Díez Gutiérrez, *La asignatura pendiente. La memoria histórica democrática en los libros de texto escolares*, Barcelona, 2020; P. Sánchez León, *La memoria de los verdugos de 1936 y la cultura de la impun(ibili)dad en la democracia postfranquista*, en *Kamchatka. Revista de Análisis Cultural*, 15/2020, p. 19 ss.

<sup>87</sup> B. Clavero, *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, 2019, cap. 6.

<sup>88</sup> B. Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, 2007.

<sup>89</sup> R.G. Parkinson, *The Common Cause: Creating Race and Nation in the American Revolution*, Chapel Hill, 2016. La cita pertenece a la famosa *Letter to the Inhabitants of the Province of Quebec (from the Continental Congress)*, 1774, traducción mía (vertiendo, por el contexto, “subject” como “conciudadano”).

caso. Tales derechos de libertad se conciben ya de raíz como libertades funcionales a lo que se puede sintetizar como derecho social a la verdad, no tan sólo además por sí misma, sino también como mecanismo precioso para el control de los poderes públicos. Esto se hace dentro de una comunidad política y cultural dominante y excluyente, lo que también puede servirnos para reflexionar acerca de hasta qué punto hoy no seguimos subliminarmente excluyendo de nuestra comunidad de ejercicio de libertades indagadoras, informativas y comunicativas a humanidad ajena a la cultura de matriz europea. Saber de historia no sana, ni mucho menos, este síndrome supremacista, pero, sin género de duda, ayuda a diagnosticarlo. Verdad y memoria no bastan para la regeneración del derecho y la reparación de sus víctimas, para lo que el constitucionalismo convencional se revela impotente, si no cómplice<sup>90</sup>.

En este contexto, la ocurrencia del derecho al olvido, si no causa escándalo y rechazo ni siquiera entre profesionales del constitucionalismo, en la justicia y en la academia, es porque la cultura constitucional se ha instalado en un horizonte de pasado ficticio y de futuro figurado defraudando de continuo los principios que predica. Así tenemos presuntos derechos en perjuicio de verdaderas libertades. Cuidemos las palabras. No nos dejemos engatusar con la alegre inflación de nuevos derechos que no viene a fortalecer libertades. Por lo que toca al flamante derecho al olvido en cuanto que tal derecho estricto, si las libertades de investigación, comunicación e información le estrechan espacio, el conjunto trabado de los derechos a la verdad y a la justicia para la rendición de cuentas y para la reparación se lo cierra por completo.

En fin, elevar un expediente administrativo para reserva de datos a la categoría de derecho fundamental, el derecho al olvido, bordearía el ridículo si no fuera porque la ocurrencia viene a abundar en procesos de erosión de libertades. Concorre en definitiva a minar las posibilidades de una democracia participativa, deliberativa y representativa que comenzase por garantizar justicia. Si tenemos a la vista este horizonte, el derecho fundamental a la verdad es lo que se precisa y el sedicente derecho al olvido, lo que estorba incluso en el caso de que se le mantuviese recluido en el ámbito digital.

Con más sólidos fundamentos de los que se proclaman, pues suelen tan sólo mirarse al efecto las situaciones singulares de excepción, reconocen hoy el derecho a la verdad como derecho humano Naciones Unidas y el sistema americano de derechos humanos, esto al contrario que el congénere transatlántico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Europa, España se singulariza aún a peor. No toda España es la España de la Constitución ni toda Europa, la Europa de los derechos. Tampoco todos los derechos son derechos fundamentales o ni siquiera, todos, derechos.

---

## Abstract

*El derecho al olvido es una invención reciente que viene a colocarse, pisando fuerte, frente a derechos tan aquilatados como los de libertades de investigación, de información y de expresión. ¿Cómo puede? El artículo explica cómo lo hace y a costa de qué en un medio caracterizado por el imperio de la desmemoria como el español dentro del contexto europeo. En vano se quiere justificar tan peculiar derecho por la necesidad de protección de datos personales en estos tiempos de comunicación digital masiva. Con anterioridad al derecho al olvido, se ha identificado justamente en el ámbito internacional un derecho a la verdad sin cabida para ese otro derecho.*

---

<sup>90</sup> *South African Journal on Human Rights*, 34-3/2018, *Special issue on conquest, constitutionalism and democratic contestations*; S. Munshi, *'The Court of the Conqueror': Colonialism, the Constitution, and the Time of Redemption*, en A. Sarat, L. Douglas y M.M. Umphrey (coords.), *Law's Infamy: Understanding the Canon of Bad Law*, a publicarse por New York University Press, anticipado [en https://www.ssrn.com](https://www.ssrn.com).

**Palabras clave:** derecho al olvido, imperio español de la desmemoria, parcialidad de la justicia, libertad de investigación, derecho a la verdad.

\*

*L'articolo si confronta con il cosiddetto diritto all'oblio come una recente invenzione che si contrappone con forza a diritti consolidati come quelli della libertà di ricerca, informazione ed espressione. Come si può fare e a che prezzo? Questo scritto ne spiega sia i modi che i costi nel contesto spagnolo caratterizzato, all'interno del spazio comune europeo, dall'impero dell'oblio. Inutilmente, un diritto così peculiare è giustificato dalla necessità di proteggere i dati personali in questi tempi di comunicazione digitale di massa. Prima del diritto all'oblio, il diritto internazionale ha giustamente individuato un diritto alla verità senza lasciare spazio a quell'altro diritto.*

**Parole chiave:** diritto all'oblio, impero spagnolo dell'oblio, parzialità della giustizia, libertà di indagine, diritto alla verità

\*

*The article faces the so-called right to be forgotten as a recent invention strongly standing against rights as well-established as those of freedom of research, information and expression. How can it be done and at what price? This paper explains both its ways and its costs in the Spanish environment characterized, within the European context, by the empire of oblivion. To no avail, such a peculiar right is being justified by the need to protect personal data in these times of mass digital communication. Prior to the right to be forgotten, a right to truth has been aptly identified by the international law with no room left for that other right.*

**Key words:** right to be forgotten, Spanish empire of oblivion, judicial partiality, freedom of research, right to truth.