



ENTRE EL DERECHO AL OLVIDO Y EL DERECHO A CONOCER: CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRO PERALES

Presidente de la Asociación de Usuarios de la Comunicación

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. EL DERECHO AL OLVIDO. III. LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO. IV. CRITERIOS DEL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE LA SENTENCIA. V. LA POSICIÓN DE GOOGLE. VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE: PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL. VII. REFLEXIONES FINALES: ENTRE EL DERECHO AL OLVIDO Y EL DERECHO A CONOCER.

Palabras clave

Derecho al olvido; Derecho a conocer; Protección de datos personales; Libertad de información y expresión.

Resumen

Se analiza en este artículo el concepto de derecho al olvido en el marco general de la regulación legal protección de datos, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda en la desindexación de la información. Las consecuencias hasta ahora visibles de esa sentencia. Y los criterios que pueden permitir un equilibrio entre el derecho de supresión y el derecho a conocer asociado a la libertad de expresión.

I. PRESENTACIÓN

La protección de los datos personales ha experimentado en el ámbito europeo un excepcional impulso en las últimas décadas. Muestra de ello es la importancia que se otorga a esa protección en documentos básicos de la UE como la Carta de Derechos Fundamentales, el Tratado de Funcionamiento de la Unión, la Estrategia Europa 2020 o la Agenda Digital para Europa. Cuenta con un marco normativo definido por dife-

rentes Directivas comunitarias¹, y, en un futuro próximo, por el Reglamento General de Protección de Datos². A ello debe añadirse, además, la nutrida doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la materia, uno de cuyos pronunciamientos es precisamente objeto de este artículo.

Ese marco, que en España se incorpora al ordenamiento jurídico básicamente a través de Ley Orgánica 15/1999 de protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y su ambicioso Reglamento³, garantiza a los ciudadanos una serie de derechos englobados en el acrónimo ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) que tienen, a nuestro entender, su clave de bóveda en el concepto de «consentimiento». Consentimiento previo, informado, libre, otorgado para fines específicos (y no distintos), explícito por parte del que lo recaba y expreso por parte del interesado, como punto de partida y con las excepciones que pudieran establecerse.

Este consentimiento —o por mejor decir, las condiciones de su ejercicio—, adquiere mayor relevancia si cabe en el entorno digital. Porque, si bien es cierto que un modelo de protección excesivamente garantista podría entorpecer la necesaria agilidad en la prestación de servicios en línea y acabar perjudicando a los propios ciudadanos, no lo es menos que precisamente el automatismo e inmediatez que la tecnología ofrece hoy para

¹ Véanse, principalmente:

- Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

- Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso).

- Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización).

- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas).

- Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

- Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF>

³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

la captura, la utilización cruzada y el intercambio de datos personales, facilita la adopción de prácticas abusivas e ilícitas en la utilización de esos datos sin que los ciudadanos sean conscientes de dichas prácticas.

II. EL DERECHO AL OLVIDO

En relación con el consentimiento, y a *sensu contrario*, la posibilidad de oponerse al tratamiento de los datos personales es fundamental a la hora de garantizar verdaderamente el ejercicio del derecho a su propiedad y protección. También con las excepciones que puedan establecerse en orden al interés general o al propio beneficio del interesado, el derecho de oposición debería ser ejercido sin necesidad de alegar razones o motivos para que el responsable del tratamiento decida si concede o no tal derecho, debiéndose en todo caso motivar muy fundadamente las excepciones que concurren en el caso para que el ciudadano no pueda ejercerlo.

Es en este contexto en el que debe plantearse la creciente atención por el denominado «derecho al olvido», o más exactamente, «a ser olvidado» (*right to be forgotten*), ya que no se trata en puridad de un nuevo derecho, sino de un desarrollo del derecho de oposición que la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos menciona como «derecho de supresión».

El derecho al olvido se plasma en la obligación del responsable del tratamiento de evitar la difusión de los datos personales de un interesado a petición de éste (incluyendo la posible retirada del consentimiento), bien por no ser ya necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados, bien por ser excesivos o no conforme su tratamiento con lo previsto por la normativa.

Desde el principio, las formulaciones sobre el derecho al olvido han generado una polémica notable, asociada a aspectos como la necesidad de fundamentar su petición frente al interés legítimo del responsable del fichero /tratamiento y al interés público (derecho a conocer); la obligación de informar a terceros sobre la supresión, o el papel de los prestadores intermediarios, como los buscadores.

Algunos de estos aspectos, no todos, han quedado claramente contemplados en 2014 por una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴ que ha puesto el foco en la procura del equilibrio entre el derecho a la privacidad, o a la propiedad de los datos personales por parte de los ciudadanos, y el derecho a conocer de esos datos por parte de otros ciudadanos (la sociedad en general), los gobiernos o las empresas.

⁴ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-131/12 (Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González) de 13 de mayo de 2014. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

III. LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO

El caso del que la Sentencia trae causa, como es suficientemente conocido, ocurre en España, y parte de la pretensión de un ciudadano, en el año 2009, de ejercitar el derecho de oposición en relación a una determinada información de su pasado que aparecía al localizar su nombre y apellido en Intenet. En su solicitud, el ciudadano afirmaba que al introducir esos datos en el buscador de «Google» aparecía la referencia a una página del periódico «La Vanguardia» con enlaces a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social. El afectado afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hacía años y carecía de relevancia actualmente, pero vio rechazada su solicitud tanto por la fuente como por el buscador⁵.

En 2010 presenta denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con la pretensión de que se exigiese al responsable la eliminación o modificación de la información publicada *on line*, o bien que utilizase las herramientas facilitadas por los buscadores para su indexación, pidiendo también que también se exigiese al buscador que dejara de incluirse en sus resultados de búsqueda.

La AEPD desestimó la denuncia contra el responsable de la publicación por entender que la misma tenía justificación legal, estimando sin embargo la formulada contra el buscador (Google Spain SL / Google Inc.) por denegación del derecho de cancelación de datos, instando a la adopción de *«las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos»*.

En su resolución, la AEPD:

- 1) Considera que los buscadores, en el ejercicio de su actividad, realizan un tratamiento de datos y son responsables de dicho tratamiento, por lo que están obligados a hacer efectivo el derecho de cancelación y/o oposición del interesado y a cumplir con los requerimientos que les dirija la AEPD en la tutela de estos derechos.
- 2) Afirma que, también como intermediarios (prestadores intermedios) de la sociedad de la información están sometidos a la normativa en materia de protección de datos.
- 3) Entiende que la Agencia puede adoptar medidas de tutela ordenando la retirada e imposibilitando el acceso a determinados datos por parte de los buscadores,

⁵ El diario justificaba su decisión por tratarse de un edicto de publicación obligatoria y responsabilidad de terceros. Google Spain S.L, sin perjuicio de informarle de que debería dirigirse al webmaster de la página web que publicó los datos en Internet para ejercer sus derechos de cancelación u oposición sobre sus datos personales, le remitía en todo caso a la empresa Google Inc., con domicilio social en California (EEUU), por entender que ésta era la empresa que presta el servicio de búsqueda en Internet.

cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad del afectado entendida en un sentido amplio, que incluiría la mera voluntad del mismo, cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros.

- 4) Y entiende también que este requerimiento puede dirigirse directamente a los buscadores, aun sin que se supriman los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada, e incluso cuando el mantenimiento de la información en la página esté legalmente justificada.

Amparándose en su condición de autoridad competente y aplicando los arts. 8 y 17 de la Ley 34/2002, la Agencia considera que puede exigir al buscador la retirada de los datos personales del afectado al amparo de la normativa de protección de datos, aun en los supuestos en los que su publicación deba mantenerse en la página web del editor, cuando considera que lesionan el derecho a la protección de datos.

Contra esta resolución recurrieron ante la Audiencia Nacional Google Inc. y Google Spain en 2011, solicitando la nulidad de la resolución administrativa. Y el Tribunal acaba planteando una cuestión prejudicial ante el TJUE en los siguientes términos:

«1. Por lo que respecta a la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE y, consiguientemente de la normativa española de protección de datos:

1.1. ¿Debe interpretarse que existe un «establecimiento», en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos?:

- cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado Miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes de ese Estado.

- cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa.

- cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria?

1.2. ¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un «recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro» cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas web ubicadas en servidores de ese Estado miembro o cuando utilice un nombre de dominio propio de un Estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese Estado miembro?

1.3. ¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet? Si la respuesta a esta última cuestión fuera afirmativa, ¿puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas?

1.4. Con independencia de la respuesta a las preguntas anteriores y especialmente en el caso en que se considerase por el Tribunal de Justicia de la Unión que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva, ¿Debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia

de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea?

2. Por lo que respecta a la actividad de los buscadores como proveedor de contenidos en relación con la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos:

2.1. En relación con la actividad del buscador de la empresa «Google» en internet, como proveedor de contenidos, consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas, ¿Debe interpretarse una actividad como la descrita comprendida en el concepto de «tratamiento de datos» contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE?

2.2. En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita: ¿Debe interpretarse el art. 2.d) de la Directiva 95/46/CE, en el sentido de considerar que la empresa que gestiona el buscador «Google» es «responsable del tratamiento» de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?

2.3. En el caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa: ¿Puede la autoridad nacional de control de datos (en este caso la Agencia Española de Protección de Datos), tutelando los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE, requerir directamente al buscador de la empresa «Google» para exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información?

2.4. En el caso de que la respuesta a esta última pregunta fuera afirmativa, ¿Se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene los datos personales se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?

3. Respecto al alcance del derecho de cancelación y/oposición en relación con el derecho al olvido se plantea la siguiente pregunta:

3.1. ¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46/CE 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 perjudicarle o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?

De acuerdo con la Sentencia del TJUE de 2014, la cuestión dilucidada se centra fundamentalmente en dos aspectos: por un lado, la responsabilidad contraída (y en calidad de qué) por los denominados «motores de búsqueda» en la difusión de datos personales a través de Internet. Por otro, el ejercicio del denominado «derecho al olvido» o, más exactamente, «a ser olvidado», mediante procedimientos que impidan el acceso a datos que el derechohabiente no desea ver difundidos, así como el alcance y los límites de ese «derecho».

En relación a la responsabilidad de los gestores de los motores de búsqueda, la posición del TJUE es básicamente la siguiente:

- La actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», y su gestor de «responsable» de dicho tratamiento, de acuerdo con la normativa comunitaria.

- El hecho de que los editores de sitios de Internet tengan la facultad de indicar a los gestores de los motores de búsqueda, con la ayuda de protocolos de exclusión, que desean que una información determinada publicada en su sitio sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de sus motores, no libera a dichos gestores de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que llevan a cabo.

- Cuando el gestor de un motor de búsqueda crea una sucursal en un Estado miembro, o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de sus espacios publicitarios, cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro, se entiende que el tratamiento de datos personales se lleva a cabo en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro.

- Incumbe al responsable garantizar que el tratamiento de los datos personales cumple con los requisitos establecidos por la normativa (licitud, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud, actualidad, temporalidad), y, en su caso, adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a esos requisitos sean suprimidos o rectificadas.

- El interesado puede, por tanto, ejercer sus derechos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición justificada directamente ante el gestor de un motor de búsqueda. Si éste no accede a su solicitud, le cabe acudir a las autoridades de protección de datos o a los tribunales, los cuales pueden ordenar a dicho gestor eliminarlos de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona.

- Tal supresión de los resultados ofrecidos por los motores de búsqueda no implica la eliminación, con carácter previo o simultáneo, de los datos de referencia de la página web en la que han sido publicados, y ello por tres consideraciones:

- 1) El tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de Internet, se añade a éste y afecta de modo adicional a los derechos fundamentales del interesado, de modo que conlleva para el gestor una responsabilidad específica de garantizar la normativa.

- 2) Habida cuenta de la facilidad con la que la información publicada en un sitio de Internet puede ser copiada en otros sitios, y teniendo en cuenta también que los responsables de su publicación no están siempre sujetos al Derecho de la Unión, no podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si éstos debieran obtener con carácter previo o simultáneo la eliminación de la información que les afecta por parte de los editores de sitios de Internet.

- 3) La razón que justifique el tratamiento de un dato puede tener distinta consideración según quién sea el responsable. Así, el editor de una página web puede beneficiarse de consideraciones que justifican la publicación o el mantenimiento de determinados contenidos (el «interés periodístico», vale decir, el derecho a la libertad de informar, expresarse, opinar) que no pueden extenderse al supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda, por lo que en determinadas circunstancias el interesado podría ejercer sus derechos contra el gestor, pero no contra el editor de la página web.

Este aspecto es de gran importancia para entender el alcance real de las medidas que se adopten, ya que el derecho al olvido se aplica exclusivamente a los resultados obtenidos en determinadas condiciones de búsqueda (por el nombre de la persona), lo que no implica la eliminación de los índices del motor de búsqueda en su conjunto. O sea, que la información original puede ser accedida utilizando otros términos de búsqueda o dirigiéndose de manera directa a la fuente del contenido.

En cuanto al alcance del derecho al olvido, la Sentencia señala:



- Que, de acuerdo con la normativa comunitaria, ese derecho puede ejercerse cuando los datos son inexactos, pero también cuando se consideren inadecuados o no actualizados; no pertinentes o excesivos, o conservados durante un período superior al necesario en relación con los fines del tratamiento.

- Que, en el caso de datos ciertos, el ejercicio de ese derecho de supresión, como desarrollo de los derechos de cancelación y oposición, requiere de una ponderación *ad casum* de los intereses y derechos en liza, sin que ello signifique una equivalencia entre los mismos. Así, recuerda la Sentencia que el tratamiento de datos personales se permite cuando es necesario para la satisfacción del interés legítimo del responsable del tratamiento o de terceros, pero siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado.

- Que, por lo que respecta a los motores de búsqueda, dado su efecto multiplicador por lo que se refiere a las posibles consecuencias del tratamiento y «vista la gravedad potencial de esta injerencia», el «mero interés económico» del gestor del motor no justifica en sí el tratamiento. Reconoce el TJUE los intereses legítimos de los Internautas interesados en tener acceso a una determinada información y la necesidad de buscar un justo equilibrio entre dichos intereses y los derechos fundamentales de la persona; pero deja claro que estos derechos fundamentales «prevalecen con carácter general sobre el mencionado interés de los internautas», por más que hayan de tenerse en cuenta aspectos relativos a la naturaleza de la información de que se trate, el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada o el papel que esta persona desempeñe en la vida pública.

- Que, a la hora de examinar si un interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté accesible, hay que tener en cuenta que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la información haya de causar un perjuicio al interesado. Ello no obstante, en el caso de la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal considera, teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en los anuncios para la vida privada del interesado, el hecho de que su publicación inicial se remonta a 16 años atrás, y que no parecen existir razones concretas que justifiquen un interés preponderante del público en tener acceso a esta información, que dicho interesado puede exigir que se eliminen estos vínculos de la lista de resultados del motor de búsqueda.

Cabe señalar que la Sentencia del TJUE presenta significativas diferencias conceptuales con el informe previo del Abogado General sobre el caso, el cual apostaba de forma clara por la responsabilidad principal o primaria del editor de la página web fuente en la que aparecían los datos cuya supresión o bloqueo se pretendía. Se indicaba, en este sentido, que este responsable podía utilizar, por ejemplo, códigos de exclusión o desindexación para impedir la localización de documentos (y los datos personales asociados a ellos) por parte de los motores de búsqueda. E incluso retirar la página web del servidor de alojamiento, volver a publicarla sin los datos personales controvertidos y solicitar que se actualizase la página en las memorias ocultas de los motores de búsqueda, en el caso de que pudieran existir razones legales que obligasen al mantenimiento del documento original.

Pero también, aun cuando el Abogado General consideraba que el papel y la posición jurídica de los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet no están reguladas expresamente en la normativa de la Unión y entendía su labor como una intermediación pasiva, se reconocía en el informe la responsabilidad secundaria de esos proveedores. Responsabilidad que implica bloquear el acceso a páginas web de terceros con contenidos ilegales, o asociada, en materia de datos personales, a la obligación de respetar los códigos de exclusión en una página web.

IV. CRITERIOS DEL G29 SOBRE LA SENTENCIA

A finales de 2014, el denominado Grupo del Artículo 29, que reúne a las autoridades europeas de protección de datos⁶, hizo pública su posición sobre la aplicación del derecho al olvido publicando una serie de directrices⁷ que permitan una interpretación común de la Sentencia del TJUE y de los criterios de las autoridades de protección de datos a la hora de analizar las peticiones, en caso de que un buscador rechace la eliminación de un resultado o no lo lleve a cabo de manera adecuada.

El Grupo señala, entre otros aspectos, que para garantizar una protección efectiva y completa de los derechos de los ciudadanos, en aquellos casos en los que se proceda a eliminar un enlace no se haga únicamente en los dominios europeos de los buscadores, sino a nivel global o al menos en todos los dominios relevantes⁸.

En cuanto a las directrices para la aplicación común del derecho al olvido, el documento hace hincapié en el criterio de proporcionalidad, señalando que a la hora de analizar las solicitudes deben valorarse las características del interesado para determinar si procede o no la aplicación del derecho al olvido: si se trata de un particular, e incluso de un menor, o si por el contrario la persona tiene una dimensión pública que justifica el interés general para los usuarios del acceso a la información.

La proporcionalidad tiene que ver también con otros aspectos como la propia naturaleza de la información: que se trate de datos sensibles; que afecten a la vida privada o íntima; que suponga la difusión de expresiones de odio, injurias y calumnias; que sean excesivos para los fines autorizados. O que, incluso tratándose de informaciones ciertas y exactas, estén desactualizadas o puedan causar un perjuicio claro al interesado.

La legitimidad para publicar los datos personales en Internet es un aspecto a considerarse a la hora de determinar su supresión en los resultados de las búsquedas. Así, deberá tenerse en cuenta si el sujeto afectado prestó su consentimiento inicial pero no ha podido revocarlo; si la publicación en Internet viene motivada por fines puramente periodísticos, o si existe una obligación o facultad legal para publicar dicha información en Internet.

⁶ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT 29), creado por la Directiva 95/46/CE, es un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea. Las autoridades de los estados candidatos a ser miembros de la Unión y los países del EEE asisten a sus reuniones como observadores. El GT 29 cuenta con un presidente y dos vicepresidentes, elegidos de entre sus miembros por periodos de dos años, renovables. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm.

⁷ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf

⁸ En línea con el pronunciamiento del Tribunal de la Cámara de París sancionando a Google tras condenar al buscador a eliminar ciertos enlaces de sus páginas de resultados, por considerar que el buscador había incumplido dicha sentencia al limitarse a suprimir los enlaces sólo en Google.fr.

Aclara también el documento que la aplicación del derecho al olvido no incluye a los buscadores internos incluidos en las páginas webs o medios de comunicación; es decir, este tipo de búsquedas no se ven afectadas por la sentencia del TJUE.

Un aspecto que está siendo muy polémico, y que aborda en Grupo del Artículo 29, es la práctica de algunos motores de búsqueda de comunicar a los editores que ciertas páginas dejarán de estar accesibles en determinadas búsquedas, o de mostrar un aviso informando a los usuarios de que en el listado de resultados obtenidos puede haberse bloqueado algún enlace por cuestiones del derecho al olvido.

Las autoridades europeas consideran que, en el primer caso, no existe base legal para tal comunicación salvo en el caso de que dicho contacto se justifique en la necesidad de recabar información adicional en la que basarse a la hora de tomar una decisión sobre la supresión o no de un enlace. En cuanto a la información a los usuarios, el aviso sólo sería aceptable en el caso de que la información ofrecida no permita deducir que una persona concreta haya solicitado el ejercicio de su derecho y la supresión de determinados enlaces asociados a su nombre.

Finalmente, entre las directrices adoptadas, se insta a los motores de búsqueda a publicar los criterios de exclusión de un enlace y facilitar las estadísticas detalladas (y anonimizadas) de las peticiones recibidas.

V. LA POSICIÓN DE GOOGLE

Algunos de estos criterios chocan ya con la lectura de la Sentencia del TJUE realizada por el principal buscador mundial y origen de la misma, Google, que tras el fallo creó un Consejo Asesor, el cual hizo público en enero de 2015 que acaba de hacer público un informe interpretativo y de recomendaciones a este respecto⁹.

En dicho informe, el Consejo hace especial hincapié en el daño potencial que pueda causarle al sujeto el acceso a la información, instando al buscador a estudiar cada caso a la luz de cuatro criterios: si la persona implicada es un sujeto de interés público; la naturaleza de la información; la entidad de la fuente que la pública, y el tiempo que hace que se publicó.

Insiste el Consejo Asesor en la transparencia que supone el informe de la retirada de enlaces junto con los resultados de búsqueda «siempre y cuando la ley lo permita», y se muestra partidario de contactar con los responsables iniciales de la difusión de los datos para tener más elementos de juicio en los casos complejos.

También sugiere a los editores y fuentes de información que, si ven dañados sus intereses por la retirada de enlaces, recurran ante las autoridades públicas. Estima suficiente

⁹ <https://drive.google.com/a/google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvV0hNbDA/view?pli=1>

que la eliminación de enlaces se limite a las extensiones geográficas europeas de Google. Y sugiere a los editores y fuentes de información que, si ven dañados sus intereses por la retirada de enlaces, recurran ante las autoridades públicas, con la advertencia de que el derecho al olvido no debería ser interpretado como una legitimación de prácticas de censura o límite de acceso a la información.

Por otra parte, el Consejo estima suficiente que la eliminación de enlaces se limite a las extensiones geográficas europeas de Google.

Para dar respuesta a los centenares de miles de ciudadanos que, desde el fallo, han solicitado la retirada de hipervínculos que permiten su localización con nombre y apellidos, los buscadores han diseñado formularios a tal efecto, en los que se requiere del solicitante su nombre, apellidos y dirección e mail; su relación con la persona a la que representa, en su caso; la dirección web en relación con la cual se pide la eliminación del vínculo; explicación de la relación entre los contenidos de la página y el solicitante o su representado, en su caso; explicación de por qué la página web en cuestión contiene datos desfasados, irrelevantes o inapropiados, y el país cuya legislación resulta aplicable a la solicitud.

VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE: PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

A partir de la Sentencia del TJUE, y de la respuesta por tanto a la cuestión prejudicial, la Audiencia Nacional (AN) se ha pronunciado sobre diferentes recursos en materia de protección de datos personales promovidos por Google¹⁰ contra distintas resoluciones de la AEPD, en las que ésta insta a la compañía a evitar la indexación de los datos personales que aparecen en un artículo al tiempo que desestima similar resolución dirigida contra la publicación responsable del artículo.

La AN acoge la Sentencia del TJUE a la luz de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI). En relación a esta última, afirma que en sus arts. 8 y 17 limita la responsabilidad de los buscadores respecto de la información que dirijan a los destinatarios de los servicios, pero permite que se les pueda requerir para que retiren los datos que atenten contra determinados derechos personales. En cuanto a la LOPD, indica que el responsable del tratamiento (que en la definición del art. 3.d de la LOPD se equipara con el responsable del fichero) debe atender a tales derechos, y, como dicho responsable «*en supuestos como los que fueron objeto de planteamiento de la cuestión*

¹⁰ AN núms. 92/2009, 212/2009; 657/2009; 661/2009; 781/2009; 103/2010; 104/2010; 109/2010; 261/2010; 725/2010; 731/2010; 220/2011; 240/2011; 416/2011; 130/2012; 179/2012; 183/2012; 25/2013, de 29 de enero de 20015.

prejudicial ante el TJUE», es el gestor del motor de búsqueda, y a él le corresponde, en su caso, adoptar las correspondientes medidas para hacerlos efectivos.

También se refiere la Audiencia a la necesaria ponderación entre la protección de datos y la libertad de expresión e información, teniendo en cuenta además el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento. Recuerda en este sentido el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos, consagrado en el art. 18.4 de la Constitución Española¹¹ que va más allá del mero derecho a la intimidad del art. 18.1 en la medida en la que extiende su garantía a la capacidad de control de las personas sobre sus datos personales (y sobre su uso y destino). Y ello tanto si esos datos se refieren a un ámbito privado, personal y familiar (honor, identificación ideológica, racial, sexual, económica o de cualquier otra índole); como si se trata de «*datos personales públicos que, por el hecho de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos*».

En cuanto al derecho a la libertad de expresión al que se refiere el art. 20 de la Constitución, la doctrina del Tribunal Constitucional¹² deja clara tanto la posibilidad de crítica al otro «*aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige*», como el hecho de que en materia de pensamientos, creencias, ideas, opiniones y juicios de valor no opera en su ejercicio el límite interno de veracidad que sí es exigible a la información. Y queda claro también que el derecho a la libertad de expresión lo es de todas las personas, «*sin perjuicio de que cuando tales libertades son ejercidas por profesionales de la información a través de un vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, su grado de protección alcance su máximo nivel*».

El reconocimiento de la libertad de expresión, que garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática, no está, empero, exento de límites como el recurso innecesario a expresiones injuriosas, ultrajantes y ofensivas. O los relacionados con la falta de relevancia pública del contenido de lo que se difunde. Del mismo modo que la prevalencia del derecho de oposición al tratamiento de los datos personales o la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada, no es absoluta ni ajena a la situación personal concreta del reclamante, con la única salvedad de que la ley establezca otra cosa.

La AN plantea con carácter general si, satisfecha la libertad de información por la subsistencia en la fuente (es decir, en el sitio web) de una información publicada, cabe

¹¹ A la luz de la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

¹² Véanse, entre otras, SSTs 23/2010, de 27 de abril; 9/2007, de 15 de enero; 165/1987, de 27 de octubre; 107/1988, de 8 de junio; 20/2002, de 28 de enero; 160/2003, de 15 de septiembre; 151/2004, de 20 de septiembre y 9/2007, de 15 de enero.

apreciar la existencia de un interés del público en encontrar la información, en relación con la cual se ejercita el derecho de oposición o supresión.

El interesado puede, al amparo de la Directiva 95/46/CE, obtener del responsable del tratamiento la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la Directiva. También puede invocar en determinados supuestos el derecho de oposición en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa.

La consecuencia lógica, se dice literalmente,

«es que quien ejercita el derecho de oposición ha de indicar ante el responsable del tratamiento, o ante la Agencia Española de Protección de Datos, que la búsqueda se ha realizado a partir de su nombre como persona física, indicar los resultados o enlaces obtenidos a través del buscador así como el contenido de la información que le afecta y que constituye un tratamiento de sus datos personales a la que se accede a través de dichos enlaces, para que de ese modo tanto el responsable del tratamiento como la propia Agencia cuente con los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de ponderación a que se refiere la Sentencia del TJUE»¹³.

A partir de aquí, la AN realiza en las sentencias posteriores a la del Tribunal de Luxemburgo una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, estimando o desestimando, según los casos, el recurso presentado por el buscador.

Así, en unos casos, debido a la evidencia del carácter sensible de la información difundida; de las consecuencias para la vida privada del solicitante; de la antigüedad de tal información (aun pudiendo ser lícita en origen), y /o de la ausencia de relevancia para el interés público, la Sala aprecia evidentes motivos fundados y legítimos del afectado para oponerse al tratamiento de sus datos por el buscador. También por la naturaleza injuriosa de la información difundida.

En otros, se estima el recurso contencioso-Administrativo por entender la AN que los datos suministrados por el interesado resultan insuficientes para determinar, bien el carácter sensible de la información para la vida privada de la afectada, bien su carácter de innecesarios relación con los fines para los que se recogieron, u otras razones, siendo imposible por tanto realizar la mencionada ponderación de intereses en conflicto.

¹³ Incluso cuando, como ocurre en uno de los casos, preexistía una sentencia judicial que declaraba que la difusión realizada por el periódico de la noticia suponía una vulneración del derecho al honor, intimidad y protección de datos de la ahora denunciante; condenaba al medio a cesar en dicha difusión y también a adoptar las medidas técnicas para impedirla, refiriéndose expresamente a introducir el comando NO INDEX, además de a indemnizar a la ahora denunciante. Señala la AN que «Por esta razón, y aunque el pronunciamiento de la jurisdicción civil no tiene relevancia a los efectos de la resolución de la Agencia que se impugna, no hay duda de que debía procederse a la confirmación del reconocimiento del derecho de cancelación».



VII. REFLEXIONES FINALES: ENTRE EL DERECHO AL OLVIDO Y EL DERECHO A CONOCER

La posición que hemos venido manteniendo en el seno de la Asociación de Usuarios de la Comunicación a lo largo del tiempo ha sido favorable al reconocimiento de la responsabilidad de los buscadores, tanto en el ámbito de la protección de datos como en el de la legalidad y licitud de los contenidos a los que facilitan el acceso. En ese sentido, no podemos sino valorar positivamente la sentencia del TJUE.

Ciertamente, la mera labor del editor o del responsable de la página web fuente no siempre es suficiente para garantizar la no localización de los datos para los que se pretende el olvido, aun existiendo una obligación de ese responsable de informar a terceros de las solicitudes recibidas. En muchas ocasiones es imposible identificar, y muchos menos controlar, la redifusión de los mensajes. En otras el responsable principal reside en países a los que no alcanza el marco normativo de la UE o sus convenios. También es posible que ese responsable primero haya abandonado su actividad.

Ello justifica el hecho de que los buscadores deban asumir su propia responsabilidad en la exclusión o desindexación, teniendo en cuenta la función multiplicadora de la notoriedad y difusión de un documento, así como su papel de puerta de acceso a innumerables versiones del mismo, y no sólo cuando incumplen los códigos de exclusión establecidos por los responsables principales o la memoria oculta.

Sí cabe plantearse el hecho de que la Sentencia no se pronuncie sobre la responsabilidad del proveedor del que depende la web a la hora de eliminar el contenido cuando el interesado puede ejercer su derecho de oposición y cancelación, o bien de desindexarlo de cara a impedir su localización por los buscadores. Más allá del pie forzado que pudiera suponer la cuestión prejudicial, en nuestra opinión, la adopción de medidas por parte del que pone originalmente a disposición el contenido (y, según los casos, por parte de otros terceros), y el reconocimiento expreso del derecho de supresión del interesado, pueden no ser suficientes, pero es legítimo plantearse si deberían ser necesarios cuando su requerimiento es factible.

La Sentencia del TJUE, al dejar *prima facie* en manos de los gestores de los motores de búsqueda la decisión de si una solicitud de cancelación u oposición debe o no ser atendida, se sigue sin duda el modelo contemplado en la normativa de acudir en primer lugar a los responsables del tratamiento y, sólo si estos no responden a la solicitud del interesado, acudir a las autoridades responsables. Pero también cabe reflexionar en relación a este aspecto sobre si en realidad se está dejando en manos de un tercero (los buscadores) la resolución de un supuesto sobre cuyas circunstancias no conoce ni tiene porqué conocer, y que como la propia sentencia reconoce, siguiendo a la Directiva, requiere de una ponderación caso a caso de derechos en liza, no por desigual en su consideración (atendiendo a la relevancia del derecho a la privacidad), menos compleja.



De ahí que algunos críticos consideren que la Sentencia del TJUE sobre el derecho al olvido, puede acabar, *malgré lui*, otorgando un poder excesivo a los buscadores para determinar de facto si podemos acceder o no en la red a según qué informaciones, por encima incluso de la voluntad de las partes (el dueño de los datos y el que los pone a disposición). Y también que, ante la duda, la tendencia del buscador puede ser la de conceder casi por defecto la supresión de datos, sin una evaluación adecuada de su relevancia y en detrimento del derecho de la sociedad a recibir información veraz.

Hay quienes, en defensa de la Sentencia, han atacado a los que plantean estas dudas negando la existencia del derecho a saber, o construyendo un maniqueo en el que ese derecho se presenta como la pretensión de los gobiernos y de las grandes corporaciones a acceder sin límites a cualquier dato personal del que sean capaces de apropiarse. Evidentemente, radicar el derecho a saber en esas instancias ayuda mucho a los que quieren cuestionarlo, ya que con ello se genera entre los ciudadanos una antipatía casi automática hacia los beneficiarios del mismo; pero quizás sin reparar en que son precisamente los gobiernos y las corporaciones los que menos necesitan reivindicar ese derecho a saber para obtenerlo. En todo caso, su capacidad de acceder a los datos debería en realidad limitarse con estrictas medidas que garanticen la privacidad y la intimidad en términos globales, más que a través de la aplicación de medidas *ad casum* como son las que operan ese denominado derecho al olvido.

De modo simétrico, desde otras posiciones se ha querido denostar el derecho al olvido como una pretensión casi absoluta, arbitraria e incluso caprichosa.

Como asociación dedicada a la defensa de los intereses y derechos de los usuarios, desde AUC creemos cumplir nuestro objetivo cuando defendemos el derecho de las personas a la privacidad, a la intimidad y a la propiedad de sus datos personales. Pero también cuando defendemos el derecho de las personas a saber y a conocer, su acceso a la información, su derecho a recibir y difundir información veraz.

No podemos olvidar que, cuando hablamos del derecho al olvido, nos estamos refiriendo al olvido en relación a datos reales o verídicos, ya que en caso contrario son otros los derechos referidos a la protección de datos que entran en juego. Datos reales y verídicos referidos a alguien que considera que son negativos o desfavorables para sus intereses y que como se ha señalado tiene más que ver con la intimidad y el honor que con la propiedad de los datos en sí.

Se trata en efecto de buscar la búsqueda de un equilibrio entre ambos derechos. El derecho a la privacidad es un derecho personalísimo, que se ejerce de modo personal e intransferible. El derecho a la información, siendo también un derecho de la persona, se ejerce en relación a los otros y de modo colectivo.

Podemos estar de acuerdo, como se apunta en la Sentencia, en que ese equilibrio no se basa en la equidistancia, dando más valor al derecho a la privacidad que al derecho a la información como criterio general, y dejando aparte el interés legítimo de los responsables



del tratamiento de esos datos. Pero es evidente que la decisión es casuística, y que habrá de valorarse en cada caso la importancia de los derechos en liza. Y en ese caso, y así lo expresa el TJUE, es fundamental tener en cuenta aspectos como la relevancia social de dichos datos (por el carácter público de la persona o por la naturaleza del hecho al que se refiere), su vigencia en el tiempo o su proporcionalidad.

Nos preocupa, como decía, que la prudencia, más que el equilibrio, lleve a aceptar en la mayoría de los casos las solicitudes de desindexación afectando negativamente al derecho de información. En unos casos puede generarse una acción en sentido contrario, instando a la reindexación por las razones de relevancia e interés general antes mencionadas, pero en otros la supresión puede pasar desapercibida e ir reduciéndose el derecho efectivo a la información, ya que tampoco creemos que el buscador deba informar de modo específico sobre las indexaciones, sino a través de un mensaje de carácter general, para no incurrir, como antes decíamos en relación a los editores, en una nueva vulneración de la privacidad.

Creemos en este sentido, que deberían explorarse modelos de corregulación en la aplicación del derecho al olvido en el que otros sectores, como organizaciones sociales y, por supuesto, las autoridades reguladoras, ejercieran un papel más activo en la tutela del derecho, aunque fuera de supervisión, y no sólo de actuación *ex post*.

En definitiva: para los que, lejos de unos y otros, y desde la defensa de los intereses (es decir, de los deseos y de las necesidades) de los ciudadanos, valoramos como propios de esos ciudadanos tanto el «derecho a saber» como el «derecho al olvido», el objetivo de cara al futuro es que el previsto Reglamento de Protección de Datos defina adecuadamente el derecho de supresión y, una vez reconocido ese derecho, deje también claras las responsabilidades principales y secundarias de los diferentes prestadores y de las autoridades reguladoras.

TITLE

BETWEEN THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE RIGHT TO KNOW: CONSEQUENCES OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE DOCTRINE

SUMMARY

I. PRESENTATION. II. THE RIGHT TO BE FORGOTTEN. III. THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OVER THE RIGHT TO BE FORGOTTEN. IV. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY CRITERIA ABOUT THE JUDGMENT. V. THE GOOGLE'S POSITION. VI. CONSEQUENCES OF THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE: THE AUDIENCIA NACIONAL APPLICATION. VII. DISCUSSION.

KEY WORDS

Right to be forgotten; Right to know; Personal data protection; Freedom of information and expression.



ABSTRACT

This article discusses the concept of the right to be forgotten in the online environment on the legal framework for the protection of data, according to the Court of Justice of the European Union judgement decision about the responsibility in the de indexation of information search engines. The consequences, until now, from that decision. And the criteria that may allow a balance between the right of suppression and the right to know related to freedom of expression.

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 18/05/2015

