

DERECHO AL OLVIDO. JAQUE A GOOGLE EN EUROPA

Víctor Seisdedos Potes

Licenciado en Derecho. Universidad de León

Máster en Derecho de las Telecomunicaciones. Universidad Carlos III

Sumario: 1. Planteamiento inicial. Análisis del concepto y su régimen jurídico. 2. La génesis de un derecho ya existente. 3. Ejercicio de diversos tipos de acciones. 4. STJUE de 13 de mayo de 2014 (Caso Google Spain SL, Google Inc. vs AEPD y Mario Costeja). 5. Derecho al olvido frente a otros derechos. 6. Conclusiones, críticas y recomendaciones para el futuro.

Resumen: Se trata de analizar el concepto de "Derecho al olvido" siempre bajo la perspectiva de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Asimismo se analizará los límites de este nuevo derecho así como la confrontación con otros derechos.

Palabras clave: Derecho al olvido. STJUE 13 de mayo de 2014. Internet. Indexación, Derecho de cancelación y oposición. Google. Caso Costeja, AEPD vs Google. Protección de datos personales. LOPD.

Abstract: This is to analyze the concept of "Right to be Forgotten" always from the perspective of STJUE of May 13, 2014. The limits of this new law as well as the comparison with other rights will be analyzed.

Key words: right to be forgotten; indexing; STJUE May 13, 2014; Google vs AEPD; Cancellation right; Right of opposition.

1. Planteamiento inicial. Análisis del concepto y su régimen jurídico

Antes de comenzar, me gustaría que hiciéramos un ejercicio telemático. Vamos a buscar en Google "Premios España" y lo vamos a comparar con otro país europeo, por ejemplo Alemania; es decir, vamos a escribir primero "premios España" y posteriormente "premios Alemania". Si lo han hecho (que espero que de verdad sí) podrán comprobar como cuando escribimos "premios España" anecdóticamente sólo nos vinculan a premios a título interno o nacional pero no a nada de índole internacional, sin embargo cuando escribimos "premios Alemania" la primera entrada versa sobre un listado de premios nobel germanos.

Os estaréis cuestionando el porqué de este párrafo, pues bien, la explicación no es otra que el trabajo de la Abogacía del Estado y de la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo AEPD) en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo STJUE) con fecha 13 de mayo de 2014, es

digno de aparecer entre las más altas menciones internacionales. España es gracias a este Sentencia un referente a nivel Europeo en lo que respecta a la Protección de Datos.

La legislación aplicable en España sobre la protección de datos es la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) con su reglamento de desarrollo (el 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 – en lo sucesivo RLOPD), pero ello no es más que una transposición de la 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 (en lo sucesivo Directiva 95/46).

La LOPD lleva vigente ya en España casi 15 años (su fecha de vigencia data de un 14 de enero del año 2000, y la Directiva 95/46 se firmó el 24 de octubre de 1995). Esta cuestión no es baladí. Pese a que la normativa de protección de datos lleva más de un decenio con nosotros, es ahora cuando existe una explosión de la protección a través del denominado derecho al olvido (que, a mi juicio, - y me consta que la AEPD es de la misma opinión - es un concepto inexacto, que no abarca la trascendencia de esta cuestión).

Pero exactamente, qué es el derecho al olvido. Este derecho no es más que la demanda de afectados reclamando protección frente a lesiones de derechos producidos por la difusión de datos personales que el afectado no desea que sean conocidos, y todo ello procesado, propagado y accesible a través de motores de búsqueda (por ejemplo, Google, Bing, Ask, entre otros). Resulta totalmente obligado aquí definir lo que entendemos por datos de carácter personal. Pues bien, es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (artículo 3 de la LOPD). Es decir, ha de existir una vinculación entre la información aportada (por ejemplo DNI, NIE, nombre, apellidos, etc.) y la persona en concreto; sin esta vinculación lógica y causal, no es posible hablar de datos de carácter personal.

Es necesario aquí hacer alusión a tres conceptos claves (que nos serán de gran utilidad en lo sucesivo de este artículo) y asimismo distinguir las partes que se podrían verse inmersas en una eventual reclamación por derecho al olvido.

En primer lugar, es necesario hacer alusión a tres conceptos: (1) memoria digital; (2) Internet y (3) motores de búsqueda. La memoria digital no es más que el almacenamiento de datos a través de infraestructuras telemáticas (Internet), sin embargo la memoria digital solo encuentra obstáculos para su profunda implantación encontrándose desamparada normativamente¹. (2) Internet: el actual Director de TIC en el Congreso de los Diputados (Javier de Andrés Blasco) lo define

¹ Criado, Miguel: "La memoria digital en España no hay quien la reglamente". Diario Digital de El Confidencial

como "un sistema global de información que: está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado en el protocolo IP o en sus extensiones; es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y/o otros protocolos compatibles con IP; proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas", pero luego aclara todo estos conceptos técnicos y da una segunda explicación "también podríamos decir que Internet es una red que une ordenadores de todo el mundo y que permite el acceso a cualquiera de ellos, con la posibilidad de obtener e intercambiar información de manera muy sencilla"², y simplificando aún más, internet permite conectar ordenadores, y por ende, navegar por un entramado de web's. Finalmente el tercer concepto es el de (3) motores de búsqueda (o buscadores): los motores de búsqueda son servicios informáticos prestados como una página web que ostentan la capacidad de localizar la información y hacerla accesible. En la actualidad el cuasimonopolio lo ostenta Google. En las últimas estadísticas publicadas (por ejemplo, las realizadas por el portal GreenLight) Google es líder indiscutible en todos los países del mundo salvo en China (Baidu), Japón (Yahoo) y Rusia (Yandex)³, por lo que podemos concluir sin ningún género de duda, que Internet sin google es casi inconcebible y que Google sin Internet... pues no existiría ipero lo crearían! Sarcasmos aparte, me gustaría centrarme en España (siendo uno de los países junto con Alemania y Francia donde la diferencia de utilización es más notable). El 97% de los españoles utilizamos Google (y sino Bing que a fin de cuentas no es más que el motor de búsqueda predefinido por Microsoft); esto es, casi toda España es googlera, y entrar en internet es sinónimo de entrar en Google (aunque aclaro que ni de lejos lo es).

La conexión de estos tres conceptos (memoria digital, internet y buscadores) puede ser confusa pero tiene su explicación lógica y razonada. La suma de los tres, provocan una difusión y accesibilidad universal a la información, y por ende, a la información de carácter personal. Si no existiera dicha difusión y accesibilidad, datos personales caerían per se (por sí mismos) al "olvido", pero dada la universalidad que el conjunto de estos tres conceptos tiene provoca que la información personal se propague, y ello taxativamente tenga que conectarse con lesiones de derechos (y aquí sobre todo nos preocupa los de índole de carácter personal).

No son pocos los casos reales que podrían plantearse sobre vulneraciones del tratamiento de datos de carácter personal. Os preguntaría y haríais bien si hasta esta Sentencia (que posteriormente analizaremos) no existía una aplicación de la normativa de protección de datos. Sí existía pero Google no la aplicaba, y no la

² Blasco, de Andrés Javier: "*Principios de Derecho a Internet*". Epígrafe 1. Páginas 1 y 2

³ Estadísticas del portal GrenLight sobre utilización de los principales motores de búsqueda: <http://kont.pro/blog/wp-content/uploads/2010/12/motores-de-busqueda-alrededor-del-mundo.png>

aplicaba en base a una no aplicación del derecho internacional privado. El razonamiento que seguía Google hasta la esta Sentencia no era otro que la no aplicación del derecho español (ni europeo) dado que su sede matriz no se ostenta en España ni en Europa, sino en Estados Unidos.

En vinculación a esta idea, muy acertadamente Víctor Salgado (abogado) explica que el derecho a la privacidad (en Estados Unidos) es literalmente, "the right to be let alone", es decir, "el derecho a estar solo" o, más libremente, "el derecho a que me dejen en paz" (...) Por el contrario, para un europeo la privacidad es algo muy distinto. Dado que nuestra legislación reconoce y protege ya todos estos aspectos mediante el derecho a la intimidad, la privacidad ha surgido como una esfera de protección más amplia. Dicha esfera abarca todos los datos que cualquier entidad tenga sobre un ciudadano, y no solamente los estrictamente privados. En Europa, por tanto, el derecho a la privacidad no es otra cosa que el derecho que protege a las personas físicas en relación al tratamiento de sus datos por parte de terceros o, dicho de otro modo, el derecho a la protección de datos de carácter personal". Me parece totalmente correcta la explicación que este jurista realiza⁴. Es por ello, que las legislaciones estadounidense y española son muy distintas y la primera más favorable (dado que no tienen una LOPD al uso)⁵, y de ahí que Google Inc. no quisiera aplicar la legislación española (o dicho de otra forma Google Inc. con domicilio social en Montanview -Estados Unidos- no quisiera ser Google Spain con sede en Madrid).

Una vez aclarado estos tres conceptos, es necesario indicar cuáles son las partes que juegan en el panorama de la protección de datos de carácter personal para poder ejercer el derecho al olvido. En primer lugar, cabe partir de una página web, organismo público, persona física o jurídica, o cualquier otro tipo de plataformas contiene una serie de contenidos el cual tiene datos de carácter personal. Aquí podría darse dos situaciones (más anecdóticas que prácticas) si está dado de alta el/los fichero/s en la AEPD. Estén o no dados de alta dichos ficheros (que sería lo legalmente exigible) lo que sí existe es una vulneración o un mal tratamiento de éstos. En segundo lugar existe una persona cuyos datos de carácter personal están siendo vulnerados, que reclamaría ante la AEPD un mal uso de dichos datos).

Y finalmente, podríamos ostentar un tercer elemento que solo se daría ante plataformas informáticas y páginas web, que son los motores de búsqueda. Los motores de búsqueda (luego lo veremos más en detalle) indexan la información (es

⁴ Salgado, Víctor: "De la nube de ceniza a la nube de datos". Diario Digital de La Voz de Galicia. <http://blogs.lavozdegalicia.es/victorsalgado/2010/04/20/de-la-nube-de-ceniza-a-la-nube-de-datos-europa-bloqueada/>

⁵ Salgado, Víctor: "¿Una LOPD para América?" Diario Digital de La Voz de Galicia: <http://blogs.lavozdegalicia.es/victorsalgado/2010/05/06/una-lopd-para-america/>

decir, utilizan lo que se denomina arañas o robots de búsqueda de información para hacer un listado de todo ello en sus servidores

En la Sentencia que sirve de explicación a todo este trabajo (STJUE 13 de mayo de 2014) juega en primer lugar, el afectado (Sr. Costeja González), en segundo lugar, el motor de búsqueda (en este caso Google), la página web en la que estaban publicados los datos de índole personal (un portal digital de información – La Vanguardia) y será discutible si el hosting o almacenamiento de la página web tiene o no una responsabilidad ante este supuesto (u otros de análogas características), pero como ya he avanzado, todos estos temas los desmenuzaremos más adelante.

2. La génesis de un derecho ya existente

Uno de los errores más comunes sobre esta cuestión es decir que el derecho al olvido se trata de un nuevo derecho surgido a partir de la STJUE. Esto es total y absolutamente erróneo y necesita ser matizado. El derecho al olvido es la proyección en internet de derechos ya existentes, porque tanto la LOPD (artículo 13 a 19) como la Directiva 95/46 (artículo 12 a 14) ya regulaban los derechos de supresión o cancelación (artículo 12 de la Directiva 95/46 y artículo 16 LOPD) y el derecho de oposición (artículo 12 de la Directiva y artículo 17 LOPD). Por lo tanto no es un derecho surgido por mandato del TJUE (luego explicaremos el quiz de la sentencia y porqué su importancia). Lo único que el derecho al olvido es revolucionario es en la desvinculación de los enlaces de la lista de resultados con el nombre en concreto.

Centrándonos en la normativa española, la LOPD (y por ende la AEPD) identifica lo que se conoce como derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición). A efectos de lo que estamos tratando nos interesa los dos últimos (cancelación y oposición), porque el derecho de acceso no es más que la solicitud para obtener información sobre el tratamiento de los datos personales (artículo 15 LOPD); y el derecho de rectificación es la modificación de los datos por parte del responsable del fichero donde están incluso los datos de carácter personal, cuando la información es errónea, incompleta o inexacta (artículo 16 LOPD).

Aclarado este punto es necesario centrarnos en los derechos de cancelación y oposición. A priori podríamos concebirlos como un único derecho, pero no debemos caer en ese error. Son derechos totalmente independientes entre sí (artículo 24.1 RLOPD). El derecho de cancelación es uno de los derechos que la LOPD reconoce a los ciudadanos para la defensa de su privacidad. La cancelación supone la eliminación de datos de carácter personal, ya sea por un uso excesivo, erróneo o simplemente porque el afectado no desea continuar que sus datos personales estén siendo tratados en un fichero concreto por el responsable de éste. El ejercicio del derecho de cancelación es personalísimo (artículo 23 RLOPD), es decir, que generalmente (salvo excepciones) podrá solicitarlo la persona interesada, quién deberá dirigirse a la empresa u organismo público que sabe o presume que tiene

sus datos, indicando a qué datos se refiere, y aportando al efecto la documentación que lo justifique. Cabe aclarar que el artículo 23.2 RLOPD también permite la figura del representante legal (casos de incapacidad y minoría de edad) y del representante voluntario. El no cumplimiento de este requisito será causa de denegación de facto. El procedimiento se basa en una obligación de respuesta por parte del responsable del fichero (aunque no existan ni indicios ni pruebas contra una vulneración de los datos personales) y siempre en un plazo máximo de diez días. Ante hipotéticos supuestos de silencio por parte del responsable o ante una contestación insatisfactoria, se podría solicitar tutela ante la AEPD. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas, transcurrido el cual deberá procederse a la cancelación⁶. Asimismo todo ello tiene una excepción: la ley. Si una ley habilita la conservación de los datos ante cumplimientos contractuales se podrían conservar en el plazo legalmente establecido.

Por otro lado, el derecho de oposición tiene las mismas características que el anterior (carácter personalísimo, mismo procedimiento de reclamación, y mismas garantías de tutela), sin embargo dista mucho de ser un derecho análogo al anterior. El derecho de oposición es una garantía a que no se lleve a cabo el tratamiento de los datos personales o al cese a los mismos. Aquí hay que añadir que muchos tratamientos de datos de carácter personal no requieren la autorización del interesado (que como norma general establece el artículo 6 LOPD), como por ejemplo la publicación en tabloneros de anuncios de las notas de calificaciones en una Universidad (Disposición adicional vigésimo primera)⁷. En estos casos no se requiere un consentimiento del afectado porque una ley lo habilita o porque existe un motivo legítimo y fundado para tal fin. Es en estos supuestos donde se habilita y en la práctica más se utiliza este derecho de oposición.

Por todo ello, vemos que el derecho al olvido no es un nombre que la prensa y (también) la jurisprudencia ha utilizado para referirse a lo que hasta la sentencia eran los derechos de oposición y cancelación de los datos personales contra el responsable de un fichero.

⁶ Derecho de cancelación: Página web de la Agencia Española de Protección de Datos (canal al ciudadano):

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derechos/principales_derchos/cancelacion-ides-idphp.php

⁷ Disposición Adicional Vigésimo primera, punto tercero, de la LO 4/2007 de Universidades: "no será preciso el consentimiento de los estudiantes para la publicación de los resultados de las pruebas relacionadas con la evaluación de sus conocimientos y competencias ni de los actos que resulten necesarios para la adecuada realización y seguimiento de dicha evaluación"

3. Ejercicio de diversos tipos de acciones

Al comienzo de este artículo hacíamos alusión a que podrían existir diversas partes ante la reclamación del derecho al olvido. Considero que para dar una explicación con el caso más relevante hasta el momento (el caso Costeja y la AEPD vs Google – STJUE de 13 de mayo de 2013) es necesario poder identificar las partes que existen ante una reclamación ante un portal web (página web).

En un primer nivel, actualmente podríamos ejercitar reclamaciones frente al editor. El editor es quien publica en su página web la información que contiene datos de carácter personal, es decir, es todo web máster que decide subir por sí mismo o por mandato de un tercero a una página web el contenido con datos personales. Estas publicaciones podrían considerarse legítimas o ilegítimas. La diferencia está lógicamente en la legalidad y exactitud de los datos. Ante casos de publicaciones ilegítimas cabría un derecho de supresión, mientras que ante publicaciones legítimas se articularían ante un derecho de rectificación y/o un protocolo de exclusión.

En un segundo nivel nos encontraríamos con un ejercicio frente al buscador. El motor de búsqueda tiene la finalidad de indexar la información, es decir, de vincular la página web (cuyo contenido ya ostenta la información de carácter personal) con terceros que solicitan a través de dicho buscador el conocimiento (o no) de dicha información. Aquí no hablaríamos de publicación sino de divulgación. Esta divulgación, nuevamente, puede ser legítima o ilegítima. La divulgación legítima, hasta ahora se venía estableciendo una desestimación de todas las reclamaciones, en base a que el buscador no es responsable del contenido almacenado en la web, sino que únicamente su función o papel es el de conector entre web y usuario, no es el motor de búsqueda el que decide cuál es el contenido de la web, sino que su función única y exclusiva es dar respuesta a la petición del usuario. Como concluiré más adelante, y aunque sea una opinión contraria a la de la AEPD y la Abogacía del Estado, este razonamiento es lógico y más que fundado, porque a fin de cuentas un motor de búsqueda no decide cuál es el contenido de una web, ni decide cuáles son los datos personales que ostenta dicha noticia o información. Por otro lado, cabe identificar una divulgación ilegítima: aquí cabría un derecho de supresión para así eliminar de la lista de resultados de búsquedas datos que no deberían ser conocidos por terceros.

Podríamos distinguir dos posiciones que se han mantenido y que se pueden identificar con la posición de cada parte. Por un lado la de eximir a los motores de búsqueda y repercutir únicamente sobre los editores (posición Google) y la argumentación para establecer una responsabilidad total de todas las partes afectadas (posición AEPD). Según Google (y por ende el resto de los motores de búsqueda) los motores de búsqueda no realizan tratamiento de datos individuales, sino globales. Este tratamiento no se realiza a gusto de una persona encargada sino de una actividad automática realizada por las arañas encargadas de la indexación

de contenidos. Según ellos (y ahí lo esencial de la Sentencia, que en el siguiente punto detallaré) no se aplica al Derecho Europeo, y por ende el Derecho Español, sino al Derecho estadounidense al tener allí su domicilio social en base a sus estatutos sociales. Y por último los derechos explicados (cancelación y oposición) no se han de ejercitar frente al motor de búsqueda sino al editor de la página web en concreto. Esta argumentación la refuerzan con diversos protocolos de exclusión que se pueden incluir en el lenguaje html de la web (se puede incluir protocolos de "no - index", y "robot.txt"; es decir que una página web tiene fórmulas informáticas para no salir en un listado de resultados.

Por su parte, la posición contraria (posición de la AEPD), establecen que la actividad del buscador es puramente tratamiento de datos ya que recopila datos personales. El gestor del buscador es responsable del tratamiento ya que determina los medios y formas siendo un tratamiento distinto al del editor. Para la AEPD, y a mi juicio es lo lógico, sí se aplicaría el derecho europeo en base a que las búsquedas se realizan a través de una página web cuya sede está situada en España y cuyo resultado final está teniendo efectos vinculantes en España y ante ciudadanos situados físicamente en España (que no tienen por qué ser precisamente españoles). Un argumento importante que sostiene la AEPD es que el afectado puede ejercer los derechos de supresión y oposición frente al buscador sin necesidad de dirigirse al editor dado que se trata de procedimientos distintos ya que los parámetros que vimos antes pueden ser entre el editor y el buscador contradictorios, es decir, que la publicación en el buscador tenga carácter ilícito y en el editor sea un tratamiento lícito. Es un caso difícil en la práctica pero no descartable.

4. STJUE de 13 de mayo de 2014 (Caso Google Spain SL, Google Inc. vs AEPD y Mario Costeja)

Sin lugar a dudas si hay una sentencia que ha puesto en boga la protección de datos y el derecho al olvido es esta. Considero que esto no es un análisis sobre esta sentencia sino que este artículo viene a explicar la dimensión de la figura del derecho al olvido, pero hablar del derecho al olvido es hablar inequívocamente de esta sentencia. El caso Costeja es un supuesto aparentemente sencillo pero con una gran argumentación jurídica.

Mario Costeja, gallego, abogado y experto calígrafo. Hace 16 años sufrió un embargo. Siguiendo el procedimiento administrativo, la subasta del inmueble embargado fue publicada en el BOE y en el período "La Vanguardia" siguiendo la publicidad exigida legalmente. Google indexó la información de tal forma que si cualquier persona (previa a la sentencia) ponía su nombre (Mario Costeja) se le vinculaba con un embargo. Se saldó la deuda (dejó de ser deudor), pero según Google él seguía siendo una persona morosa. Él mismo explicaba en El País: "para

Google sigo siendo deudor y casado”⁸ cuando en realidad está divorciado y sus deudas saldadas.

En el año 2009 reclamó a Google el derecho de supresión de sus datos, por tratarse de datos inexactos en la actualidad (pero sí ciertos en el pasado). Google desestimó la reclamación. Pero el Sr. Costeja encontró un importante aliado en España: la AEPD. Este organismo le dio la razón y plantearon nuevamente la cuestión recurriendo ante la Audiencia Nacional y ésta delegando diversas cuestiones al TJUE. Y la Sentencia con fecha 13 de mayo vino a contestar todas y cada una de ellas.

En todo el proceso hay que poner el foco en tres bloques: (1) si es de aplicación la normativa de protección de datos de la Unión Europea (en lo sucesivo UE) ante un organismo cuya sede social está en Estados Unidos pero con sedes en Europa (en nuestro caso España); (2) hay que cuestionarse la naturaleza de la actividad de los buscadores, es decir, responder a qué sucede con el tratamiento de los datos, así como quién y bajo qué circunstancias se es responsable del mismo, y (3) el alcance de los derechos de supresión y oposición.

La posición de Google a lo largo del proceso no se vio alterada a lo ya explicado. El razonamiento jurídico versaba en una no aplicación del derecho europeo dado que la sede matriz no se encontraba en ningún país de Europa sino en Estados Unidos. Y se eximían cualquier responsabilidad respecto al tratamiento de datos dado que es una actividad automática y en sí misma la indexación de información no realiza un tratamiento de datos de forma individual sino un tratamiento colectivo de toda la red.

El posicionamiento que mantuvieron el Sr. Costeja, la AEPD y la Abogacía del Estado fueron muy de la mano y sin verse casi alterados en su proceso. Para comprobar este razonamiento, cabe fijarse en las conclusiones del Abogado del Estado (25 de junio de 2013 ante la Audiencia Nacional – en lo sucesivo AN). El Abogado General indicaba que la Directiva sí es aplicable a Google dado que tiene establecimientos vinculados a su actividad en Europa (y más precisamente en el caso que estaban defendiendo que es España). Nuevamente sostuvo que la actividad del motor de búsqueda sí se ha de considerar como tratamiento de datos, e indica que determina fines y medios (posicionamiento en la STJUE), pero añade el matiz de que el proveedor de servicios no es responsable en sentido directo, y se aventuró a ir más allá mostrando que el derecho de cancelación y oposición no confieren un derecho a dirigirse al buscador para que no indexe la información, sino es un derecho posterior ante datos ya existentes. Es decir, establece un reconocimiento al “derecho al olvido” en el sentido de que los derechos de cancelación y oposición se ejercen frente al buscador, y el buscador debe eliminar

⁸ Obelleiro Paola: “Desayuno con Mario Costeja”. Diario Digital El País: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/21/actualidad/1363889407_114848.html

los enlaces de los resultados de las búsquedas realizados por el nombre de las personas. Este matiz es muy importante porque a mi juicio se trata de una de las limitaciones claras que tiene este derecho. Y por último, indica que si no se atiende las solicitudes de estos derechos, se podrá acudir a la autoridad centrar para que se protejan sus derechos.

Toda esta argumentación se vio apoyada por un artículo esencial que es el artículo 7.f de la Directiva 95/46, que indica que los Estados miembros dispondrán del tratamiento de datos que pudieran afectarles si es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección, es decir, que jamás un tratamiento de datos podría vulnerar derechos de carácter personal.

Ello encuentra su eco en la STJUE (en el numeral 80) donde se establece que un tratamiento de datos personales efectuado por un motor de búsqueda puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, y permite a través de dicho tratamiento de datos que cualquier internauta mediante la lista de resultados de información relativa a esta persona que afecta a una multitud de aspectos de su vida privada, que sin dicho motor no se habría interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente.

Queda fuera de todo género de duda que en la mayoría de los casos la información se consigue gracias a los motores de búsqueda. La facilidad con la que actualmente obtenemos la información se debe a los buscadores, y dan un acceso importante sobre información personal.

Ante ello, ¿qué se debe hacer? ¿Nos vetamos intelectualmente en defensa de los derechos de carácter personal para así garantizar la intimidad? ¿Y qué sucede, entonces, con personas de renombre que sus datos se indexan por los buscadores sin ningún tipo de defensa? ¿Ellos tienen derecho al olvido? Aquí habría que buscar el justo equilibrio entre los derechos a la vida privada y el interés público de acceso a la información. Más adelante hablaremos sobre la confrontación del derecho al olvido con otros derechos que se encuentran intrínsecamente conectados, pero ahora bastará con dejar de manifiesto que es necesario hacer un juicio de valor entre vida privada y acceso a la información. Respecto a las personas de renombre, aquí es esencial que destaquemos un tercer aspecto que es el del interés público. Según la doctrina del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) indica que el conocimiento de las personas públicas es algo que es importante o relevante para la formación de la opinión pública o que afecta al conjunto de los ciudadanos o a la vida económica o política del país. Y así no constituye interés público relatar las relaciones afectivas de una persona (Sentencia TC 83/2002, de 22 de abril) o el

mostrar el cuerpo de una actriz en top-less (Sentencias TC 19/2014, de 10 de febrero, caso Melani Olivares, o TS 518/2012, de 24 de julio, caso Elsa Pataky), por poner dos ejemplos habituales⁹. Es decir, el interés público es el concepto que hay que analizar para averiguar si una información puede tener una protección legal o no.

Retomando el tema principal, cabría preguntarse cómo se ha de realizar dicha ponderación y cuál de los derechos debería prevalecer. Pues bien, a mi juicio, los derechos de la vida y de protección de datos deberían prevalecer frente al interés económico que pudiese tener google en indexar la información (considero que esto no requiere ninguna explicación, ya que si nuestro ordenamiento jurídico prevalece el interés económico frente a la protección de datos personales, no viviríamos en ninguna democracia conocida), y también habría de prevalecer frente al interés de internautas en acceder a la información por ese cauce (a mi juicio Google no puede convertirse en una autovía de información, ya que si una persona por su propia voluntad quiere y desea facilitar en su portal web su información me parece legítimo, ahora bien, el poner un nombre personal y que te salga un listado de resultados con todos tus datos me parece excesivo. Pero, aunque esta no sea la opinión de la mayoría, considero que aquí la responsabilidad no es exclusiva del motor de búsqueda, aquí hay una auténtica responsabilidad solidaria con el editor de la página web, porque tanta culpa tiene el buscador que conecta al internauta con la información personal de una persona, como el editor que decide subirla a su portal web en busca de visitas que le aporten ganancias económicas). Y esta ponderación no ha de hacerse únicamente comparando qué derecho ha de prevalecer, sino también valorar el factor tiempo y ateniendo a la naturaleza de la información. En primer lugar, el factor tiempo es vital. No es lo mismo que una información esté circulando por la web unos meses a que esté durante años, por lo que este juicio de valor tendrá que analizar caso a caso el tiempo que la información está indexada. Y en segundo lugar, hay que atender a la naturaleza de la información. No toda la información es igual de relevante ni causa las mismas vulneraciones. Hay datos personales que requieren una especial protección y así lo establece el artículo 7 LOPD (véase la religión, la condición sexual, ideología, entre otros), y la naturaleza de esta información también deberá ponerse en perspectiva con el interés público ya analizado.

Pero centrándonos más en la Sentencia, ¿qué vino a indicar esta de novedoso para afianzar un concepto como el "derecho al olvido? La STJUE respaldó la tesis de la AEPD. Esta sentencia clarifica definitivamente el régimen de responsabilidades de los buscadores. Esta Sentencia concluyó que la actividad de los motores de

⁹ Fayos Gardó Antonio: "¿Tienen las personas públicas derecho a la intimidad?" Número 35 de la Revista de los estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación (COMEIN): <http://www.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero35/articles/Article-Antonio-Fayos-Gardo.html>

búsqueda constituye un tratamiento de datos de carácter personal del que es responsable el propio motor, ya que es el que determina fines y los medios de la actividad de los datos. Indica que el artículo 2 letras b y d de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que la actividad de un motor de búsqueda consiste en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, almacenarla temporalmente y ponerla en disposición de internautas, y ello se ha de considerar como tratamiento de datos. Inequívocamente es un razonamiento lógico porque siguiendo la definición del artículo 3.c de la LOPD, un tratamiento de datos son todas aquellas operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. Por otro lado, considera responsable a dicho gestor dado que es éste el que determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales (artículo 2.d Directiva 95/46 y artículo 3.d LOPD).

La segunda conclusión a la que llega es que las personas tienen derecho a solicitar del motor de búsqueda la eliminación de la información aunque esta no hubiese sido eliminada por el editor, pudiendo siempre ante el silencio acudir a la AEPD. La Sentencia analiza el artículo 12 b y 14 a de la Directiva 95/46 en el sentido de que para respetar los derechos personales, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona a vínculos de páginas web (de terceros) que contienen información a dicha persona.

Una tercera conclusión y que para mí es la más esencial, es la que el tratamiento de datos por parte de los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea¹⁰. A mi juicio este es el punto esencial y que más relevancia tiene esta sentencia, no porque lo anterior no sea importante, sino porque toda la argumentación jurídica no se sostendría de no aplicarse el derecho europeo. La Sentencia concluye que cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filiar destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro, se ha de aplicar la normativa de tal país. Esto resulta esencial, ya que aunque la empresa Google no tenga su matriz en España, está ejerciendo su actividad en nuestro país, pero no estaba siendo regulado por nuestra normativa. El gran acierto del Tribunal es poder disociar donde se encuentra la sede principal y donde está produciendo los resultados. A mi juicio si la sentencia hubiera dictaminado la no aplicación del

¹⁰ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD): nota de prensa con fecha 14 de mayo de 2013: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2014/notas_prensa/com_mon/may_14/NP_STJUE_derecho_olvido.pdf

derecho europeo, nos encontraríamos ante una auténtica inseguridad jurídica, ya que ello hubiese creado un precedente y cantidad de empresas seguirían este razonamiento, es decir, creo una empresa donde la regulación de mi sector sea ínfima o muy satisfactoria para mi y establezco allí mi sede matriz o principal, y a partir de allí distribuyo actividad por todo el mundo sin necesidad de me legislen en el país donde yo estoy realizando la actividad y por ende obteniendo un rendimiento económico.

5. Derecho al olvido frente a otros derechos

Establecido el concepto y viendo su máximo referente jurisprudencial, es esencial conectar con otros derechos que podrían verse afectados por su aplicación y por ello establecer los límites que todo derecho ha de ostentar.

En primer lugar resulta esencial indicar que el derecho al olvido no es un derecho absoluto tiene una serie de límites que ningún derecho puede pasar. La aplicación del derecho al olvido no significa que se materialice el borrado de los datos. Esto es otro punto que me gustaría desmentir. El derecho al olvido no elimina datos de carácter personal de ninguna página web, el derecho al olvido lo que hace es dejar de indexar o conectar al internauta con datos personales. Puede resultar muy abstracta la explicación, pero así es. Veamos un ejemplo gráfico: un internauta X decide buscarme en Google (pone "Víctor Seisdedos Potes"), pero en el primer enlace que han salido de la lista de resultado hay una noticia de que hace años me dedicaba al contrabando y estuve en la cárcel en reiteradas ocasiones. Tal vez mi vida haya cambiado, haya pagado mis errores en la cárcel y ahora quiero seguir adelante con una nueva vida, pues probablemente no podría si X en vez de un internauta anónimo es el Director de Recursos Humanos de una empresa a la que yo intento acceder. Y aquí se ejercita el derecho al olvido, a dejar de conectar datos personales con personas con nombre y apellidos concretos.

El derecho al olvido se podría conectar con el derecho a la intimidad o a la privacidad. Nadie tiene que conocer mi vida salvo yo o quien yo decida que lo haga. Y eso es cierto. Todo internauta ha de tener el derecho a poder controlar su reputación on line, y poder eliminar o editar aquello que hayan propagado de él. Sin embargo, podría encontrar con un derecho de frente que es la libertad de expresión. ¿Se eliminará toda información que sea dañina para el afectado? A mi juicio, volveríamos a la tesis anterior, habría que ponderar. No todo es información relevante, ni todo tiene la misma naturaleza, y aún menos debemos primar el interés económico de un portal web sobre una información totalmente personal, y aún menos debemos permitir que la libertad de expresión de una persona difame información (que aun siendo cierta) solo va a provocar ganancias económicas para una parte y perjuicios personales para la otra.

Asimismo se podría conectar el derecho al olvido con el derecho al honor. El derecho al honor es el derecho que toda persona tiene a su buena imagen, nombre

y reputación, de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal cualquiera que sea nuestra trayectoria vital, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano¹¹. Según el artículo 18 CE y la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconoce el derecho al honor tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

En conexión a lo que estamos tratando el derecho al olvido se podría activar como una vulneración del derecho al honor, es decir, cuando alguien esté difamando nuestro honor a través de una información a través de una página web, el afectado podría ejercitar el derecho al olvido para dejar de indexar la información (sobre Google) y derecho de cancelación sobre el editor web. Existe una doble esfera, que a mi juicio resulta idónea.

Sin embargo aquí hay un punto anecdótico que a mi juicio se modificará al paso del tiempo, y es respecto a las personas jurídicas. Una persona física tiene derecho al honor y también se le reconoce el derecho al olvido como forma de desvincular los enlaces sobre la información, y por último se le reconoce todos los derechos ARCO. Seguridad jurídica plena. Pero no es así con una persona jurídica. A las personas jurídicas sí se les reconoce el derecho al honor como medio de protección de su reputación, pero no el derecho al olvido. A mi juicio resultan paradójicas y casi contradictorias estas dos ideas. El honor es un garante de la imagen personal y de la reputación empresarial que una persona jurídica quiere tener, y una de las formas de materializar esa protección es a través de la indexación del listado de resultado con el internauta (derecho al olvido), pero actualmente no se les reconoce este derecho.

Me gustaría poner un ejemplo: la Sentencia de 23 de febrero de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de Ampostera (Tarragona). En este caso un pequeño camping tuvo la desgracia en 1978 de sufrir una explosión y fallecer 243 personas. Se reclamó la indexación de información pero fue desestimada en base a que el algoritmo utilizado tiene carácter neutral. Es más, las personas jurídicas no pueden obtener olvido a través de la protección /derechos de cancelación y oposición dado que la LOPD solo es aplicable a personas físicas. Únicamente podrían estimarse estas reclamaciones si vulnera al derecho al honor pero no si lo que se pretende es la eliminación del rastro web.

El derecho al honor en las personas jurídicas opera en el sentido de buena reputación y buen prestigio. No obstante este también es un derecho limitado por la libertad de expresión e información (artículo 20 CE). En conclusión las personas jurídicas deben acudir a normativa específica para así iniciar acciones y poder salvaguardar su reputación online (la normativa legal sería: Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección al honor – para la defensa en intromisiones ilegítimas

¹¹ Definición Derecho al Honor. Web Jurídico: <http://www.webjuridico.net/hoi/hoi02.htm>

tanto físico como online -; Ley Orgánica 2/1984 de 25 de marzo sobre el derecho de rectificación – ante información falsa, se exige la modificación así como la réplica -; Código Penal – a través de la calumnia e injuria-; Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal – manifestaciones con mala fe en el mercado para desmejorar la competencia- ; Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas – ante casos fraudulentos de dominios – y la Ley 34/2002 de 11 de Junio de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico – para determinar la responsabilidad de prestadores de servicios de alojamientos de datos con contenidos que vulneran al derecho al honor de una empresa).

Una de mis recomendaciones claras para el futuro no es otra que el reconocimiento del derecho al olvido a las personas jurídicas ya que una persona jurídica puede verse en igual (o incluso en mayor) medida afectada por una serie de entradas sobre su empresa.

Aquí muchos críticos intentarán vincularlo con el derecho al interés público dado que ha de prevalecer el interés público sobre la información personal. Pues a mi juicio no es así. Una persona jurídica que ha tenido en el pasado una serie de complicaciones pero que en la actualidad solo le provocan inconvenientes para crecer como empresa y además cumple con toda la normativa vigente establecida, con el mantenimiento de la vinculación de las entradas y el nombre de la persona jurídica lo único que hacemos es dañar su reputación empresarial y hacemos que su volumen de negocio sea menor por cuestiones pasadas que nada podrían tener en el presente, pero insto (y siempre lo haré) a ir caso por caso y siempre haciendo juicios de valor sobre qué ha de primar.

6. Conclusiones, críticas y recomendaciones para el futuro

Como podéis haber leído, el derecho al olvido tiene una proyección increíblemente extensa y se puede vincular con muchos puntos, que en este artículo se han intentado tocar. Mi conclusión es que el derecho al olvido ha abierto una puerta muy importante en materia de protección de datos. Muchos ciudadanos hasta la STJUE de 13 de mayo estaban desamparados frente a Google. Google es (sin lugar a dudas) el gigante de internet y poco o nada parecía que le importaban los internautas, sin embargo, la justicia (ahora) está parcialmente de nuestra parte.

A mi juicio este derecho es un niño todavía. Le queda madurar y adaptarse a una realidad futura imparables. No hay ningún género de duda que aún hay cuestiones que no están reguladas y sin lugar a dudas en un futuro sí lo estarán. Aun así, no son pocos los detractores que tiene este derecho. Hay algunas críticas que sí comparto y otras no. Las principales son las que indican que el derecho al

olvido es un atentado contra la libertad de expresión (a mi juicio no)¹²; insta a la censura en internet dicen otros (a mi juicio tampoco); un tercer grupo indica que impide el libre acceso a la información (parcialmente de acuerdo, pero siempre ha de primar la protección personal de cosas erróneas e inexactas, tiene que romperse la dinámica de que google sea la biografía del mundo) y una última crítica que yo he leído es sobre la insuficiente consideración de la libertad de expresión e información (en realidad el derecho al olvido no es un derecho que elimine información, sino que deja de conectarla).

Mi crítica personal sobre el derecho al olvido (unida a lo de las personas jurídicas) no es otra que la no eliminación de los datos. El derecho al olvido no elimina por sí mismo datos, la STJUE no ha eliminado la página en la que La Vanguardia publica la subasta del Sr. Costeja. Podéis hacer la prueba¹³. Es decir, el derecho al olvido no borra nada, solo deja de conectar información personal con el nombre de la persona que se está buscando.

En sí mismo el derecho al olvido solo es un derecho a que los enlaces (donde se encuentra la información personal) no figuren en los resultados de búsquedas realizados con el nombre del afectado. Y diréis ¿y esto nos protege? Pues sinceramente no. La información sigue estando allí (a no ser que ejercitéis otros derechos de cancelación u oposición pero ya no frente a Google sino ante el responsable del fichero)

Las páginas web tienen la obligación de eliminar el contenido que vulnere derechos de carácter personal siempre que tengan un conocimiento efectivo (¿y cuándo tienen conocimiento efectivo? En eso hay que estar a lo que digan las pruebas en el caso concreto, pero las páginas web están obligadas a tener una dirección de contacto para poder contactar con ello ante eventuales reclamaciones. En sí mismo el conocimiento efectivo se)

Yo creo que debería ir más allá este derecho y debería unificarse el proceso. No tiene por qué haber dos reclamaciones indistintas, una frente a Google y otra frente al editor, sino una única frente a Google y que sea extensible al editor. A mi juicio, el gran responsable de la indexación de datos es el editor no Google. Yo como editor web soy quien decido qué subir o no subir a mi página web, pero lógicamente es Google la que conecta internautas con la información concreta, pero soy yo como editor web el que ostento el contenido y decido el fin de dicha información.

A fin de cuentas ambos son responsables de la vulneración de datos personales. En esta ecuación podríamos incluir el hosting o almacenamiento de la web: hay voces que dicen que sí porque al fin y al cabo son ellos los que almacenan

¹² Pérez David: "El español deshonrado que puso en jaque a la libertad de expresión". Diario Digital El confidencial: <http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013/02/27/el-espanol-deshonrado-que-puso-en-jaque-la-libertad-de-expresion-de-google-4352/>

¹³ Aquí tenéis el enlace de la página exacta del Período la Vanguardia con fecha 19/1/1998 en donde se muestra la subasta del Sr. Costeja: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1998/01/19/pagina-23/33842001/pdf.html>

la información personal aunque yo sea su creador y google el medio para encontrarla; pero eso ya es hilar muy fino y hacer un efecto demasiado extensible a esto. El hosting es un servicio de almacenamiento que no se inmiscuye en la información. "Ya Víctor, pero Google en principio tampoco", diréis y estaríais siendo correctos y yo muy demagogo. La diferencia existente está en el rendimiento económico. Google obtiene ganancias gracias a las entradas y al tráfico web, gana dinero a través de entradas en las que haya datos personales, y el hosting no. El hosting es rentable en base a un almacenamiento de información, es decir, un hosting no deja de ser el disco duro de tu ordenador desde el cual se permite subir tu página web, pero el hosting no obtiene beneficios en base al contenido, Google sí.

Y un último punto a tener muy en cuenta, es la gran difusión que ha tenido el Caso Costeja. Parece totalmente contradictorio que justamente lo que deseara este hombre era la eliminación de la información de un embargo, y ahora todo el sector especializado, periódicos, conferenciantes, etc. están hablando de su embargo. La señora Streisand estará orgullosa de él.