

TRIBUNA ABIERTA

EL «DERECHO AL OLVIDO» COMO APORTACIÓN ESPAÑOLA Y EL PAPEL DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

MARTA SILVA DE LAPUERTA

Abogado General del Estado. Directora del Servicio Jurídico del Estado

El «derecho al olvido» como aportación española y el papel de la Abogacía del Estado

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión que reconoce el «derecho al olvido» frente a los motores de búsqueda ha sido una de sus resoluciones con más repercusión en los medios. Sin embargo, no se ha reconocido la contribución española en el proceso. Este artículo reivindica el «derecho al olvido» como aportación española al Derecho de la Unión Europea y explica la labor desarrollada por la Abogacía del Estado en el caso.

The «right to be forgotten» as a Spanish contribution and the key role of the Spanish Legal Service

The judgment of the European Court of Justice enforcing the “right to be forgotten” against search engines is one of its resolutions with more impact in the media. However, the Spanish contribution in the process has not been recognised. This article claims the “right to be forgotten” to be a Spanish contribution to EU Law and explains the work of the Spanish Legal Service (Abogacía del Estado) in the case.

PALABRAS CLAVE

Internet, privacidad, datos personales.

KEY WORDS

Internet, privacy, personal data.

Fecha de recepción: 3-9-2014

Fecha de aceptación: 1-10-2014

1 · INTRODUCCIÓN

El 13 de mayo de 2014 la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia en el asunto Google¹. En ella se responde a la cuestión prejudicial planteada dos años antes por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el asunto relativo a lo que se ha venido en denominar como «derecho al olvido». La repercusión de la sentencia fue inmediata en todos los medios de comunicación, no sólo españoles y europeos, sino de ámbito mundial.

Los principales rotativos del mundo le dedicaron entonces no sólo sus portadas, sino elaborados editoriales valorando la sentencia. Ciertamente, Jonathan Zittrain, de la Universidad de Harvard, publicó un artículo en el *New York Times* con el expresivo título «Don't Force Google to Forget»².

Por el contrario, Eric Posner, de la Universidad de Chicago, bajo el titular «We All Have the Right to Be Forgotten»³, aplaudió la decisión del Tribunal de Justicia y puso su enfoque como ejemplo para los Estados Unidos. A su vez, Viktor Mayer-Schönberger, de la Universidad de Oxford, en *The Guardian*, respondió a las críticas a la sentencia que no podía verse como el fin de los motores de búsqueda o de la libertad de prensa⁴.

El debate que se desató recuerda inevitablemente al que hemos estado viviendo en España desde que en el año 2007 se incoaron los primeros expedientes de tutela de derechos por la Agencia Española de Protección de Datos. Por ello, llama la atención la falta de reconocimiento en los medios internacionales respecto de la contribución española en el

1 Sentencia Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2014:317.

2 http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=1#

3 http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2014/05/the_european_right_to_be_forgotten_is_just_what_the_internet_needs.html

4 <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/13/omission-of-search-results-no-right-to-be-forgotten>

asunto Google. Es más, hubo quienes, como James Whitman, de la Universidad de Yale, se permitieron afirmar al *Wall Street Journal* que el llamado derecho al olvido deriva de las ancestrales culturas jurídicas francesa y alemana⁵, cuando estos Estados no intervinieron en el asunto ante el Tribunal de Justicia.

2 · EL «DERECHO AL OLVIDO» COMO APORTACIÓN ESPAÑOLA

El «derecho al olvido» ha sido una contribución española: Google contra España, como resalta muy gráficamente el título de la monografía que acaba de publicar Artemi Rallo⁶. Ello explica, además, que en España están superados ampliamente muchos de los términos y conceptos en los que se desarrolla el debate en otros países.

En esta línea se ha pronunciado también el Presidente del Tribunal Supremo en su reciente discurso de apertura del Año Judicial. Al disertar sobre *Europa, como estímulo para el reconocimiento de nuevos derechos* destacó el asunto Google y cómo, gracias a la decisión de cuatros jueces españoles de plantear la cuestión prejudicial, se ha permitido que millones de ciudadanos europeos tengan reconocido un mecanismo de protección de su privacidad frente a los riesgos que generan las nuevas herramientas informáticas.

El amplio eco alcanzado por la cuestión y la intensidad del debate son perfectamente comprensibles. El objeto del litigio ponía en cuestión los límites y compatibilidad entre algunos de los valores fundamentales de las democracias occidentales. El Auto de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2012, por el cual se acordaba plantear la cuestión prejudicial, señalaba con acierto que «*Internet traspasa fronteras y límites temporales y los buscadores potencian ese efecto, permitiendo una difusión global de esa información y facilitando su localización*». En efecto, como advierte Mayer-Schönberger, «*la tecnología moderna ha alterado fundamentalmente*

qué información puede recordarse, cómo es recordada y a qué coste»⁷.

Internet, en general, y los motores de búsqueda, en particular, son una herramienta inmejorable para difundir ideas y conocimientos. Sin embargo, como ya subrayó en el año 2000 el profesor Muñoz Machado, aunque Internet es el espacio de la libertad en el terreno de la comunicación, es a la vez «*un territorio incómodo para preservar otros derechos fundamentales*»⁸. El propio Abogado General Jääskinen reconoció en sus conclusiones que el cambio tecnológico «*ha hecho surgir una serie de circunstancias sin precedentes, en las que tiene que establecerse un equilibrio entre diversos derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de empresa, por un lado, y la protección de los datos personales y la privacidad de los particulares, por otro*»⁹.

Los motores de búsqueda han generalizado un potente instrumento de tratamiento de información. Este instrumento ha permitido poner en manos de cualquiera una capacidad de seguimiento electrónico de la que en el pasado ni siquiera disponían los propios Estados. En un revelador artículo aparecido en el *Financial Times* el 15 de febrero de 2012, unos días antes de la vista ante la Gran Sala, el antiguo asesor de la Casa Blanca, Richard Falkenrath, advertía de que Google ha garantizado el poder de construir un aparato de vigilancia electrónica que supera con creces cualquier cosa que el Gobierno americano había intentado hacer tras el 11-S¹⁰.

Por ello, no puede dejarse de advertir la coherencia que la Sentencia Google presenta con la Sentencia del asunto Digital Rights Ireland y Seitlinger¹¹, hecha pública apenas un mes antes que la del asunto Google. En su día, el Abogado General Ruiz-Jarabo ya señaló que la protección de datos como manifestación del derecho a la intimidad se integra en las tradiciones en que se asienta la Unión Europea¹². El control indiscriminado de cada movi-

5 «EU Orders Google to Let Users Erase Past», en <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303851804579559280623224964>

6 RALLO, A.: *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

7 MAYER-SCHÖNBERGER, V.: *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, New Jersey: Princeton University Press, 2009, pág. 52.

8 Muñoz Machado, S.: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid: Taurus, 2000, págs. 151 y ss.

9 Conclusiones presentadas por el Abogado General JÄÄSKINEN en el asunto Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2013:424, apartado 2.

10 Disponible en <http://www.ft.com/cms/s/0/476b9a08-572a-11e1-869b-00144feabdco.html#axzz3EgmdDlou>

11 Sentencia Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238.

12 Conclusiones presentadas por el Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto Rijkeboer, C-553/07, EU:C:2008:773, apartados 18 a 23.

miento, cada palabra o cada dato personal, sea por las autoridades públicas, sea por operadores particulares, no es compatible con los valores fundamentales de la Unión Europea.

La importancia de la protección de datos en el sistema de valores que informa la Unión queda reflejada en el hecho de que, no sólo aparece recogido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, sino que cuenta con un reconocimiento expreso en el artículo 16 TFUE, que atribuye competencias legislativas sobre la materia a la Unión. La privacidad es una parte integral de la dignidad humana, la libertad del individuo y del libre desarrollo de la personalidad, como demuestra el artículo 1 de la Directiva 95/46 CE. Así, en la doctrina española, Pere Simón ha subrayado con acierto que el derecho al olvido tiene su fundamento en los principios y valores enunciados en el artículo 10, apartado 1 de nuestra Constitución¹³.

El objeto del asunto Google y Google Spain no era otro que aclarar la interpretación de la Directiva 95/46/CE, en relación con la actividad de los motores de búsqueda de internet y la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE, su actividad como proveedores de contenidos y el alcance del derecho de cancelación y oposición. La Audiencia Nacional solicitó al Tribunal de Justicia que precisara los límites a los que deben sujetarse los motores de búsqueda desde el punto de vista del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Los riesgos que genera su actividad no pueden pasar inadvertidos para el Derecho.

Por consiguiente, el desafío era dilucidar los límites a los que deben sujetarse los motores de búsqueda, en este caso desde el punto de vista de la protección de un derecho fundamental. Se discutía, en suma, el control jurídico de los motores de búsqueda y su sometimiento a las autoridades europeas.

En este ejercicio, resulta un paralelismo muy acertado el que trazó Marcelo Thomson entre el célebre «Don't be evil» del Código de Conducta de Google y el clásico aforismo inglés «The King can do no wrong»¹⁴. La lectura de esa referencia hace recordar

una clásica cita del profesor García de Enterría, cuando al analizar la cuestión de la lucha contra las inmunidades del poder, recordaba que la tarea del jurista es «reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre, como es éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero»¹⁵.

Ante esa disyuntiva, es obligado reivindicar el papel de las autoridades españolas, en particular de la Agencia Española de Protección de Datos, a la hora de buscar una solución en Derecho al problema. La Agencia se condujo con rigor e imparcialidad en unos expedientes de la Agencia que se remontan al año 2007. Ciertamente, es preciso reconocer que la Comisión Europea apoyó decididamente las tesis españolas en el asunto Google. Ahora bien, no podemos dejar de recordar que la Comisión no hizo referencia al derecho al olvido hasta tres años después de iniciarse el primer expediente en España. Como recuerda Artemi Rallo¹⁶, fue la propia Comisaria Redding en persona quien, el 26 de junio de 2010, en su discurso ante la Cámara de Comercio Americana en la UE, habló de la necesidad del derecho al olvido¹⁷.

Más tarde, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo la responsabilidad, desde el primer momento, de captar la importancia del caso. El trabajo de su Sección 1.^a culminó en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. El auto de 27 de febrero de 2012 ha sido valorado en toda Europa por su rigor, su precisión y su calidad técnica. El amplio reconocimiento del auto es un mero botón de muestra de su trabajo cotidiano. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es, como he podido comprobar en primera persona, un tribunal de un altísimo nivel técnico. Sorprendentemente, su labor queda ensombrecida muchas veces por la de la Sala de lo Penal, cuando, como sucede en este caso, sus resoluciones tienen más impacto en la vida cotidiana de

13 SIMÓN CASTELLANO, P.: «El régimen constitucional del derecho al olvido digital», Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 116 y ss.

14 THOMPSON, M.: «In Search of Alterity: On Google, Neutrality and Otherness», en LÓPEZ-TARRUELLA, A.: *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, La Haya, 2012, págs. 355 y ss. (en pág. 356).

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 1962, n.º 38, págs. 160 y ss. (en págs. 160-161).

16 RALLO, A.: *El derecho al olvido en Internet...*, op. cit., págs. 33 y ss.

17 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-327_en.htm?locale=en

los españoles. Es de agradecer que el asunto Google haya permitido que el gran público pueda reconocer su labor.

La referencia a la Agencia Española de Protección de Datos y la Audiencia Nacional me obliga además a realizar una reflexión institucional, más allá del caso concreto que nos ocupa. Ciertamente, la aportación de ambas instituciones ha conseguido que los ciudadanos europeos puedan gozar de un mecanismo de protección de su privacidad frente a los peligros. Ahora bien, esa sucesión en el procedimiento administrativo y su revisión judicial da pie para reivindicar la solidez del Estado social y democrático de Derecho diseñado por nuestra Constitución.

En España la tutela del derecho fundamental a la protección de datos se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos, que ejerce sus funciones con plena independencia y objetividad. De este modo, se da cumplimiento al mandato contenido en el artículo 28 de la Directiva 95/46 CE. Es un ejercicio de irresponsabilidad señalar que el hecho de que estas funciones estén atribuidas a una Administración independiente, y no directamente al poder judicial, merma su legitimidad. Ello supone desconocer que en nuestro ordenamiento la actuación de los poderes públicos está sometida a un pleno control jurisdiccional.

Como se destacó en la Jornada de Estudios sobre el Marco Europeo de Protección de Datos Personales, organizada por la Agencia Española de Protección de Datos y AEDEUR en noviembre de 2013, la doctrina del acto previo y el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa son consustanciales a nuestra cultura jurídica. Nadie pone en duda su eficacia como medios para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Retomando la referencia de las inmunidades de poder, no debemos olvidar que las grandes empresas disponen de un impresionante arsenal jurídico. Es lícito y razonable que Google haya contratado a quienes considera los mejores profesionales del sector legal. El problema no es que haya censura, sino que el ciudadano corriente no puede permitirse semejante despliegue en un pleito civil ordinario. El ciudadano normal y corriente no está en la misma posición que las grandes multinacionales.

En este sentido, conviene recordar que el artículo 9, apartado 2 de nuestra Constitución señala que *«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su ple-*

nitud [...]». Por ello, el hecho de que un ciudadano se dirija a una autoridad independiente reclamando la tutela de un derecho fundamental frente a una gran empresa y que la actuación de esa autoridad esté sometida a un pleno control jurisdiccional no es anormal. Es la puesta en acción de nuestro sistema constitucional y la aplicación de las garantías contenidas artículos 9, 24, 103 y 106 de nuestra Constitución.

Con referencia al derecho al olvido, la sucesión de los acontecimientos nos aboca a hacer esa reflexión. En efecto, un ciudadano puede dirigirse a cualquier registro público y presentar una reclamación en defensa de sus derechos frente a una multinacional; una autoridad independiente examina su caso con todas las garantías y sin coste alguno para ninguna de las partes; su decisión está sometida a un control jurisdiccional pleno; en caso de haber estimado procedente la reclamación, esa autoridad independiente mantendrá su criterio en sede judicial por el ciudadano y, de ser necesario, reclamará el apoyo del Gobierno para defenderlo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde la óptica del ciudadano de a pie, si se compara con un costoso proceso civil frente a una multinacional, la comparación es claramente favorable a nuestro modelo. El hecho de que el sistema haya funcionado constituye un ejemplo y una garantía para todos los ciudadanos.

3 · EL PAPEL DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN EL «DERECHO AL OLVIDO»

La Abogacía del Estado ha tenido el privilegio de poder estar presentes en todas las fases del procedimiento a lo largo de estos siete años. Como ha señalado el Director de la Agencia de Protección de Datos en declaraciones al diario ABC, la Agencia *«ha contado con la asistencia y la representación de la Abogacía del Estado, que ha jugado un papel importantísimo»*¹⁸. Quiero aprovechar esta ocasión para agradecer su reconocimiento, ya que el asunto Google presenta para la Abogacía del Estado un especial valor simbólico.

Los Abogados del Estado han mostrado desde sus inicios un firme compromiso con el proceso de inte-

¹⁸ MCLOUGHLIN, M.: ««Derecho al olvido»: los nombres que Google no olvidará», Disponible en <http://www.abc.es/tecnologia/20140519/rc-nombres-google-olvidara-201405191140.html>

gración europea. Aunque el gran público quizá lo haya olvidado, es necesario reconocer que uno de los primeros y principales propagandistas del europeísmo en España fue José Larraz, número uno de la promoción de 1926 y Jefe Superior del Cuerpo durante tres años en su condición de Ministro de Hacienda. Como nos recuerda Crespo MacLennan, su intensa actividad intelectual en favor del encuadramiento de España en las incipientes Comunidades Europeas le granjeó el apelativo del «Jean Monnet español»¹⁹. Posteriormente, han sido muchos los Abogados del Estado que se han comprometido con el proyecto europeo prestando servicios en diversos puestos en el Parlamento Europeo, en el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Banco Central Europeo.

Más allá de esos servicios que se han reconocido a los interesados, el asunto Google presenta para la Abogacía del Estado un valor específico desde el punto de vista institucional, paralelo al que tiene para el sistema constitucional español. El desarrollo del procedimiento pone de manifiesto la plena vigencia en la Europa del siglo XXI del modelo de asistencia jurídica al Estado que, a iniciativa de Bravo Murillo, se diseñó en el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849, y se consolidó por Juan Francisco Camacho con la creación del Cuerpo de Abogados del Estado en el Real Decreto de 10 de marzo de 1881.

En el preámbulo del Real Decreto de 1849 se alude a la «necesidad de establecer una Dirección [...] encargada especialmente de emitir dictamen en los negocios cuya resolución pueda producir acciones ante los tribunales de justicia o los administrativos, y de promover y facilitar la defensa de los intereses de toda especie [...] que ante los mismo tribunales se ventilen». En el preámbulo del Real Decreto de 1881 se justifica la atribución de esas funciones a un Cuerpo de funcionarios «que, precedidos de las garantías de suficiencia y estimulados por las ventajas de la escala cerrada y el riguroso ascenso, y defendidos por una estabilidad reglamentada, logre bajo una dirección única, entendida, perseverante y enérgica todas las condiciones que reclama el importante servicio a que se destina».

La actuación de la Abogacía del Estado en el asunto Google da cumplida satisfacción a esas altas responsabilidades que, desde su creación, se han atri-

buido al Servicio Jurídico del Estado. La defensa de los intereses públicos exige que la función consultiva de asesoramiento se proyecte en la función contenciosa de defensa en juicio. En palabras de Martín-Retorillo, «la defensa de los intereses del Estado en los dos aspectos señalados requiere de una lógica unidad de criterio que, estableciendo la necesaria coordinación, permita plantear a tal fin una acción homogénea y consecuenta»²⁰.

Estas exigencias y responsabilidades han sido satisfechas en el caso que nos ocupa. En la fase administrativa la Agencia de Protección de Datos fue asistida en la función consultiva por su Abogacía del Estado desde el primer momento. Tan pronto como se interpusieron los primeros recursos contencioso-administrativos, la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional se coordinó con la de la Agencia. A medida que la tramitación de estos recursos avanzaba, se adoptaron las medidas oportunas para adecuar la actuación administrativa a las incidencias que se iban planteando en sede judicial.

El mismo método de trabajo se implantó tan pronto como se advirtió la posibilidad de que se planteara una cuestión prejudicial. En cumplimiento de las instrucciones organizativas internas, la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comenzó a colaborar con la de la Audiencia Nacional en la preparación de las alegaciones que se presentaron. Esta coordinación se extendió a la Abogacía del Estado de la Agencia de Protección de Datos para poder perfeccionar las resoluciones que se iban dictando. Finalmente, se celebró la vista ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que el Abogado del Estado realizó una brillantísima actuación.

Por tanto, debo expresar mi satisfacción por el compromiso, entrega y dedicación de que han hecho gala a los largo de siete años todos los funcionarios del Cuerpo destinados en las tres Abogacías del Estado que han intervenido. Es más, estoy en condiciones de manifestar mi convicción de que, llegado el caso, los Abogados del Estado ante el Tribunal Supremo y los de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos continuarán esa labor.

En definitiva, el asunto Google confirma el acierto de la decisión adoptada por el Consejo de Minis-

¹⁹ CRESPO MACLENNAN, J.: *España en Europa, 1945-2000: del ostracismo a la modernidad*, Madrid: Marcial Pons, 2004, págs. 47 y 48.

²⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la Historia del Cuerpo de Abogados del Estado*, Madrid: Civitas, 2013, pág. 39.

tros en 1986²¹, confirmada legalmente por las Cortes Generales en 1997²², de atribuir al Servicio Jurídico del Estado la asistencia jurídica de éste ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Era la solución coherente con los principios que han informado el sistema español de asistencia jurídica al Estado desde hace más de ciento cincuenta años.

Ha sido un privilegio para la Abogacía del Estado haber podido cooperar en este asunto con la Agencia Española de Protección de Datos, con la Audiencia Nacional y con el Tribunal de Justicia de la Unión en el ejercicio de las altas responsabilidades que tienen encomendadas. Es un motivo de satisfacción haber podido contribuir, en un proceso

cuyo resultado es la Sentencia de 13 de mayo de 2014.

Sin entrar en su concreto contenido, pues se refiere a un asunto que aún está pendiente ante nuestros Tribunales, es de justicia reconocer el rigor en la motivación de la sentencia. No me cabe la menor de duda de que, si pudiera leerla, José Larraz no dudaría en afirmar: *«Una materia delimitada, un problema concretamente planteado, una propuesta de solución con sus fundamentos, un sentido final práctico, encerrado todo ello en una forma concisa y breve, creo que son cosas congruentes con el estilo propio del Derecho»*²³. Independientemente del resultado, eso es todo lo que se le puede pedir a una resolución judicial.

²¹ Acuerdo de Consejo de Ministros de 13 de junio de 1986, sobre actuación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y constitución de la Comisión de Seguimiento y Coordinación de las Actuaciones relacionadas con la defensa del Estado Español ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

²² Artículo 1, apartado 5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

²³ LARRAZ LÓPEZ, J.: *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*, Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1952, pág. 5.