

SENTENCIA GOOGLE SPAIN Y DERECHO AL OLVIDO

Sentencia Google Spain y derecho al olvido

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Google contra la Agencia Española de Protección de Datos viene a reconocer el «derecho al olvido» en Internet, atribuyendo a los motores de búsqueda la responsabilidad de ponderar los intereses en juego en cada caso (y sin que se eliminen necesariamente los resultados en la web de origen), incluso si están sitios fuera de la Unión Europea, como es el caso de Google Inc.

PALABRAS CLAVE

Internet, privacidad, datos personales.

Google Spain ruling and the right to be forgotten

The ruling of the European Court of Justice in the case Google vs. the Spanish Data Protection Authority acknowledges the «right to be forgotten» in the Internet. The search engines are now obliged to carry out a balance of the interests at stake on a case by case basis (and without being necessary that the results are deleted from the web source), even if they are located outside the EU, as it is the case of Google Inc.

KEY WORDS

Internet, privacy, personal data.

Fecha de recepción: 3-9-2014

Fecha de aceptación: 1-10-2014

El 13 de mayo de 2014 se publicó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») dando respuesta, en sentido distinto a las conclusiones previas propuestas por el Abogado General, a una serie de cuestiones prejudiciales remitidas por la Audiencia Nacional española en un contencioso que enfrentó a la Agencia Española de Protección de Datos («AEPD») y a Google Inc. y su filial española en torno al controvertido «derecho al olvido» en Internet.

Han sido muchos los casos de «derecho al olvido» a los que se había enfrentado la AEPD frente a Google y otros buscadores, así como frente a las webs de origen. En el caso de Google, las resoluciones de la AEPD fueron todas recurridas ante la Audiencia Nacional y eran más de 200 cuando esta decide plantear las cuestiones prejudiciales.

Las cuestiones prejudiciales finalmente se preparan en el marco de un recurso que tiene unas características singulares, por cuanto la información de origen versaba sobre un embargo de 1998 que se publicó en un periódico español por obligación legal (y no en el ejercicio de la libertad de expresión). Google Inc. (responsable del motor de búsqueda) y su filial española, solicitaron la nulidad de una resolución de la AEPD que les requirió la desindexación (esto es, que no apareciese como resultado de una búsqueda) de esta información, y ello aun cuando se había desestimado previamente la reclamación del afectado contra el periódico para que eliminara de su web esa información.

Abordaremos, en primer lugar, cuáles han sido las cuestiones prejudiciales y algunos antecedentes con los que guarda estrecha relación, para analizar seguidamente las conclusiones del Abogado Gene-

ral y las respuestas del TJUE, que no se limitan a reconocer el «derecho al olvido» en Internet, sino que también abordan la polémica cuestión de la aplicación de las normas europeas de protección de datos personales a entidades que, como Google Inc., operan desde fuera de la Unión Europea («UE»). Las primeras reacciones de Google y otros buscadores, así como de otros actores, en Europa y fuera de Europa, no se han hecho esperar y ponen de manifiesto que las múltiples consecuencias de esta trascendente sentencia seguirán teniendo un gran impacto en la vida de los ciudadanos y de todo tipo de organizaciones.

CUESTIONES PREJUDICIALES Y ALGUNOS ANTECEDENTES

La Audiencia Nacional plantea nueve preguntas prejudiciales en torno a tres bloques:

- (i) La aplicación territorial de la Directiva de protección de datos 95/46/CE («Directiva 95/46/CE») conforme a los criterios previstos en su artículo 4 y, por consiguiente, de la ley que la incorpora en España, la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal («LOPD»), en su artículo 2.1, y el impacto del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE («Carta»).
- (ii) El papel de «responsable del tratamiento» respecto de las actividades realizadas por el buscador a efectos de la Directiva 95/46/CE.
- (iii) El alcance de los derechos de cancelación y oposición en relación con el derecho al olvido.

Aplicación territorial

Dejando al margen el llamado «caso diplomático», que no se trata por la Audiencia Nacional, la aplicación de la Directiva 95/46/CE depende de que concurra alguno de los siguientes criterios: (i) la existencia de un tratamiento efectuado «en el marco de» un establecimiento en un Estado miembro (art. 4.1.a)); o (ii) la existencia de medios (que no sea a efectos de tránsito) en un Estado miembro cuando el establecimiento está fuera de la UE (art. 4.1.c)).

A este respecto, el grupo de preguntas que plantea la Audiencia Nacional es el siguiente:

«a) Debe interpretarse que existe un «establecimiento», en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la [Directiva 95/46], 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 del Estado,

o

— 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,

o

— 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?

b) ¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la [Directiva 95/46] 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?

c) ¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la [Directiva 95/46], 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?».

Además, a diferencia de los argumentos esgrimidos por la AEPD en los casos en que se ha discutido el derecho al olvido, la Audiencia Nacional introduce en sus preguntas una cuestión de capital importancia, esto es, el impacto de la Carta que reconoce con valor de Tratado el derecho a la protección de datos en su artículo 8. Dicha pregunta se enuncia como sigue:

«d) 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 95/46]:

¿Debe aplicarse la [Directiva 95/46], a la luz del art. 8 de la [Carta], 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 [...]?».

Esta misma pregunta hace referencia al concepto de «centro de gravedad del conflicto». Este concepto ha sido analizado por el TJUE en algunas ocasiones, tales como en la sentencia de 25 de octubre de 2011 (asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10), eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited, a los efectos de determinar la competencia judicial en casos de vulneración de derecho de la personalidad en Internet:

«Por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual. Sin embargo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro. (...)».

Responsable del tratamiento

En el caso de considerar aplicable la Directiva 95/46/CE por cualquiera de los criterios anteriores, las siguientes preguntas versan sobre el papel del

buscador, en particular, en cuanto a su posible rol como «responsable de tratamiento», rol sobre el que se proyectan todas las obligaciones en materia de protección de datos:

«a) En relación con la actividad [de Google Search], 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» (...)»

b) En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita:

¿Debe interpretarse (...) que la empresa que gestiona [Google Search] es «responsable del tratamiento» de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?

c) En el caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa:

¿Puede la [AEPD] (...) requerir directamente [a Google Search] 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?

d) 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 esos datos se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?».

El responsable del tratamiento se define en el artículo 2, letra d) de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 3, letra d) de la LOPD como la persona que adopta las decisiones sobre los medios y fines del tratamiento de datos personales, siendo igualmente amplias las definiciones de «tratamiento» y de «datos personales».

Sin embargo, es llamativo que la Audiencia Nacional en ningún caso plantee al TJUE cómo debe jugar la responsabilidad de la Directiva 95/46/CE sobre el régimen de responsabilidad de los buscadores (en tanto que intermediarios de la sociedad de la información) a la luz de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico («Directiva 2000/31/CE»), incorporada en España por la Ley 34/2002, de ser-

vicios de la sociedad de la información y del correo electrónico («Ley 34/2002»). Y es llamativo porque el Tribunal Supremo español, en su Sentencia 2245/2013, de 4 de marzo de 2013, consideró que la falta de «conocimiento efectivo» (supuesto exonerador de la responsabilidad del buscador bajo la Ley 34/2002) de la ilicitud de la información hacía decaer la responsabilidad del buscador (Google también) respecto de una alegada intromisión ilegítima, en este caso, al derecho al honor.

Asimismo, la AEPD ya venía utilizando la Ley 34/2002 para fundamentar la aplicación del derecho al olvido. En más, es mucho más fácil de justificar la aplicación de la Ley 34/2002 a un prestador de servicios establecido en los EE. UU. que de la LOPD. En efecto, la Ley 34/2002 prevé como criterio de aplicación en tales supuestos el hecho de que «dirijan sus servicios específicamente al territorio español», que es precisamente el nuevo criterio que se ha añadido en el artículo 3.2 de la propuesta de reglamento de protección de datos de la Comisión de 25 de enero de 2012 («Propuesta de Reglamento de Protección de Datos»). Sentada la aplicación de la Ley 34/2002, la AEPD, sin realizar consideración alguna al régimen del artículo 17, recuerda que su artículo 8.1.c) establece que «En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran», siendo uno de tales principios el «respeto a la dignidad de la persona». Es más, el apartado siguiente de dicho artículo establece expresamente en relación con la adopción y cumplimiento de estas medidas de restricción la necesidad de respetar «las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados».

El alcance del «derecho al olvido»

Finalmente, la última pregunta hace referencia al alcance al derecho al olvido sobre la base de los derechos reconocidos en la Directiva 95/46/CE denominados de «supresión y bloqueo» (cancelación en nomenclatura de la LOPD) y de «oposición»:

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

Hay que tener en cuenta que, cuando la Audiencia Nacional plantea las cuestiones prejudiciales, había una cierta discusión sobre la existencia del «derecho al olvido», y la AEPD había venido sosteniendo que no era más que la aplicación de los derechos de cancelación y oposición en el ámbito de Internet. Esta discusión vino abonada por la publicación de un extenso artículo (el artículo 17) dedicado al derecho al olvido en la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos (renombrado en las enmiendas introducidas por el Parlamento el 12 de marzo de 2014 como «derecho a la supresión»).

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

El 25 de junio de 2013, se presentaron las conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, a través de las cuales propuso al TJCE una respuesta a una gran parte de las cuestiones prejudiciales remitidas por la Audiencia Nacional y que pueden resumirse de la siguiente forma:

Buscadores y prestadores de servicios de la sociedad de la información

El Abogado General consideró que los motores de búsqueda en Internet no estarían regulados en la normativa de la UE y, en particular, en la Directiva 2000/31/CE, al no prestar «su servicio como contrapartida de una remuneración por parte de los usuarios de Internet». A pesar de ello, examinó su papel aplicando por analogía los principios de responsabilidad de aquellos prestadores de servicios de intermediación que se regulan en la Directiva 2000/31/CE. El Abogado General no entró a valorar el hecho de que la Ley 34/2002 que incorpora la mencionada Directiva incluye expresamente entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información considerados intermediarios a los prestadores de servicios que facilitan instrumentos de búsqueda.

Concepto de «establecimiento» funcional

El Abogado General sostuvo que el criterio del establecimiento antes enunciado debe examinarse desde la perspectiva del modelo de negocio, en este caso, del proveedor de servicios de motor de búsqueda. Por ello, propone al TJCE que concluya que se aplica la norma de protección de datos europea (conforme al criterio del establecimiento en un Estado miembro) cuando una «empresa que provee el motor de búsqueda establece en un Estado Miembro, a fines de promover y vender espacios publicitarios en su motor de búsqueda, una oficina o una filial que orienta su actividad hacia los habitantes de dicho Estado».

El Abogado General no entra a examinar el otro criterio de aplicación territorial de las normas de protección de datos europeas, esto es, la existencia de «medios» en un Estado miembro, que formaba parte de las preguntas planteadas por la Audiencia Nacional, al haber considerado aplicable el criterio del establecimiento.

Indexación y responsabilidad del tratamiento de datos personales

Sin perjuicio de que el Abogado General consideró que la indexación es un tratamiento de datos personales, entendió también que el motor de búsqueda no debía ser considerado «responsable» de dicho tratamiento a los efectos de la Directiva 95/46/CE, dado que, en este caso, el motor de búsqueda no indexa (trata) los datos personales que figuran en páginas web fuente de terceros «con una intención relacionada con su tratamiento como datos personales», esto es, el tratamiento no se realiza de un «modo semánticamente relevante» sino «como mero código informático».

Tratamientos de los que el motor de búsqueda es responsable de datos personales incluidos en las páginas web indexadas

El Abogado General consideró que el motor de búsqueda sería responsable del tratamiento de los datos personales incluidos en una página web indexada si no respetaba los códigos de exclusión en esa página web o si no cumplía una solicitud de esa página web relativa a la actualización de la memoria oculta.

Cuando el motor de búsqueda trata datos personales disponibles en Internet en su condición de responsable de tratamiento, el Abogado General entiende

que la causa de legitimación adecuada es el «interés legítimo», que se concreta en «i) facilitar a los usuarios de Internet el acceso a la información; ii) conseguir que la información cargada en Internet se difunda de modo más efectivo, y iii) poner en marcha diversos servicios de la sociedad de la información proporcionados por el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet subsidiarios respecto al motor de búsqueda, como la provisión de publicidad mediante palabras clave».

Por ello, considera que «una autoridad nacional de protección de datos no puede requerir a un proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet que retire información de su índice, salvo en los supuestos en que el proveedor de servicios no ha respetado los códigos de exclusión o en los que no se ha dado cumplimiento a una solicitud emanada de la página web relativa a la actualización de la memoria oculta. Este supuesto no parece pertinente en relación con el presente asunto. La existencia de un procedimiento de «detección y retirada» que afecte a enlaces de las páginas web fuente con contenidos ilícitos o inapropiados es una cuestión regulada por el Derecho nacional, la responsabilidad civil basada en motivos distintos de la protección de datos personales».

El papel del buscador frente a una invocación del derecho al olvido respecto de una información publicada legalmente en una página web de un tercero

Según el Abogado General, no cabe invocar sin más un «derecho al olvido» generalizado sobre la base de la Directiva 95/46/CE frente a proveedores de servicios de motor de búsqueda:

(i) La Directiva 95/46/CE reconoce un derecho de rectificación y cancelación de datos (en particular, debido al carácter incompleto o inexacto de los datos) que, en este caso, no se produce por tratarse de una publicación obligatoria por una disposición legal en España.

(ii) La Directiva 95/46/CE también reconoce un derecho de oposición que exige al afectado que lo justifique con «razones legítimas propias de su situación particular». En este caso, no procede este derecho por tratarse de una publicación obligatoria por imperativo de la ley y porque, según el Abogado General, una preferencia subjetiva por sí sola no equivale a una razón legítima. Por ello, solicitar a los proveedores de servicios de motor de búsqueda que eliminen información que se ha hecho pública por imperativo legal constituiría una injerencia en la libertad de expresión del editor de la página web.

Sin embargo, también afirmó el Abogado general, que «es posible que la responsabilidad secundaria de los proveedores de servicio de motor de búsqueda con arreglo al Derecho nacional implique la existencia de deberes que exijan bloquear el acceso a páginas web de terceros con contenidos ilegales, como las páginas web que vulneran derechos de propiedad intelectual o que muestran información injuriosa o delictiva».

SENTENCIA DEL TJUE

La sentencia del TJUE ha sorprendido no solo por separarse de la opinión del Abogado General, sino también por la vehemente toma de posición adoptada respecto del peso de la protección de los datos personales en la necesaria ponderación de intereses a realizar en los casos del «derecho al olvido». El TJUE ha lanzado un claro mensaje (en línea con la previa anulación por el TJUE de la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos por sentencia de 8 de abril de 2014) sobre la importancia de este derecho en el desarrollo de la economía digital.

El buscador es responsable del tratamiento de datos «personales» de la información publicada

El TJUE considera que el tratamiento de la información que realiza el buscador (extracción, registro, organización, conservación y comunicación) es un tratamiento de datos personales, pero, apartándose claramente de la opinión del Abogado General, señala que este tratamiento lo hace el buscador a título de «responsable» al determinar los fines y los medios de dicho tratamiento, y ello sin perjuicio de que no ejerza ningún control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros.

El «establecimiento» como concepto económico

Como hemos visto, al estar Google Inc. establecido en los EE. UU., la aplicación de las normas de protección de datos europeas (en este caso, la española) depende de que se considere (i) que cuenta con un establecimiento en España en el marco del cual se realiza el tratamiento de los datos o (ii) que utiliza medios de tratamiento en España.

En este caso concreto, el TJUE justifica la existencia de un establecimiento en España en el hecho de que las actividades de la filial española de Google están indisolublemente ligadas a la promoción y venta en España de espacios publicitarios, entendi-

dos como elementos indispensables para rentabilizar el motor de búsqueda gestionado por Google Inc., siguiendo la opinión de 4 abril de 2008 del Grupo del Artículo 29 (WP 148).

Esta interpretación amplia del concepto de establecimiento tiene impacto en muchos grupos multinacionales que cuentan con filiales u oficinas de representación en España y que desarrollan actividades accesorias, pero que pueden a llegar a ser consideradas como «indisociables» de la actividad de la entidad «principal» tanto en otros países de la UE como en países terceros (*i. e.*, países no UE). Y, precisamente, donde más disfunciones se producen es en el caso de entidades establecidas en un país de la UE que cuentan con un establecimiento en otro Estado miembro cuya actividad está ligada a la primera en el sentido descrito por el TJUE. En efecto, en este caso, bien se aplicarían varias normas que implementan la misma Directiva 95/46/CE, lo cual no era el objetivo del artículo 4.1.a), o bien se albergan serias dudas sobre (i) cuál debe ser la norma local que debe aplicar (esto es, la del «establecimiento principal» que no realiza el tratamiento material o la del «establecimiento accesorio» que no realiza el tratamiento material, pero está económicamente vinculado a este) y (ii) a quién (*i. e.*, ¿al establecimiento principal o al accesorio?). En última instancia, su potencial impacto debería ser pequeño para el mercado interior a la vista de la armonización que debería haber supuesto la Directiva en cuestión. Ahora bien, esto no es del todo exacto, siendo la falta de armonización una de las razones de la existencia de la Propuesta de Reglamento de Datos. En mi opinión, se ha tratado de corregir la ausencia de un criterio de aplicación territorial como el que existe en la Directiva 2000/31/CE (y que explica la introducción del artículo 3.2 de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos), expandiendo de una forma algo artificiosa el concepto de establecimiento, aunque no deja de responder a algo tan simple y lógico como «*quien opera y se beneficia en un mercado queda sometido a las reglas de ese mercado*».

Al justificar a través del concepto de establecimiento económico y funcional la aplicación de las normas europeas de protección de datos personales, el Tribunal no ha entrado a examinar si en este caso existen medios de tratamiento sitios en España, que era en realidad el criterio pensado para responsables establecidos fuera de la UE. En particular, el criterio de los «medios de tratamiento» siempre ha sido de enorme interés a la vista de los controvertidos criterios mantenidos al respecto por el Grupo del Artículo 29, en

particular, en cuanto a considerar las *cookies* como medio de tratamiento relevante a estos efectos. Este criterio fue asimismo objeto de una extensa argumentación por parte de la AEPD. Fue quizás relevante que Google no facilitara información alguna sobre la localización de los medios técnicos que permiten la operación de su buscador o que no se quisiera introducir consideraciones que abonaran el «*data protection forum shopping*» que ya existe en la UE.

Finalmente, y quizás más importante, el TJUE no ha aprovechado la ocasión para realizar consideraciones más específicas del impacto de la Carta, ahora con valor de Tratado, para garantizar una protección efectiva del derecho fundamental de protección de datos en la UE frente a actuaciones en el mercado UE de entidades no establecidas en la UE, a la vista de las deficiencias de los criterios de la Directiva 95/46/CE para enfrentar ese riesgo.

El «derecho al olvido» y la responsabilidad de los buscadores

De nuevo, a diferencia del Abogado General, el TJUE reconoce (como también hizo la AEPD) el «derecho al olvido», como expresión concreta en Internet del derecho de cancelación y del derecho de oposición reconocidos por la Directiva 95/46/CE. Y lo hace desvinculando en todo momento la causa legítima del tratamiento de la fuente de la información de la causa legítima del tratamiento del buscador. Esta desvinculación es parte de la explicación del enorme debate que se ha producido respecto del alcance de la libertad de expresión y de información, de la propia legitimidad del tratamiento por el buscador de los datos considerados «sensibles», de las expectativas de otros individuos cuya información esté mezclada con el que quiere ser «olvidado» y del propio régimen de responsabilidad de los intermediarios en tanto que los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Es llamativo comprobar que el TJUE no haya abordado con detalle ninguna de estas cuestiones en su sentencia dado que estas críticas (y otras muchas) no son nuevas, habiéndose iniciado el debate sobre el «derecho al olvido» en 2012 a raíz de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Comisión.

Sin perjuicio de la eventual legitimación del tratamiento por la fuente primigenia de la información, el TJUE considera que el motor de búsqueda facilita a cualquier internauta obtener una visión estructurada de la información sobre cualquier persona que potencialmente afecta a una multitud de aspec-

tos de su vida privada. Por ello, el TJUE —aplicando como causa de legitimación la denominada «causa del interés legítimo» del artículo 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE—, requiere que se analice, en cada solicitud de un afectado, si el interés de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión debe prevalecer sobre los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales del afectado. El TJUE se olvida de que esta causa no permite en ningún caso legitimar el tratamiento de datos calificado como sensibles, esto es, los regulados por el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE.

Se ha acusado al TJUE de no facilitar ningún criterio para realizar la ponderación de intereses y de haber establecido una suerte de presunción *iuris tantum* de prevalencia del derecho a la protección de datos. Esta crítica no es del todo cierta si se lee atentamente la sentencia, donde se establece claramente que debe analizarse la naturaleza de la información controvertida, su antigüedad y carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, así como el interés del público en disponer de esta información (que «incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente») y que no solamente puede existir cuando la persona desempeñe en la vida pública, aunque este sea el único caso que cita la sentencia.

Los criterios existen, pero no consisten en reglas que se pueden implementar mediante algoritmos (al menos, en el estado actual de la inteligencia artificial). No todos los casos del derecho al olvido enfrentan a la libertad de expresión con el derecho a la protección de datos (y no era este el problema fundamental del caso específico que se estudia en las cuestiones prejudiciales), pero es evidente que es uno de los supuestos a tener en cuenta cuando se examina el derecho al olvido en el mundo globalizado y digital. Basta revisar las recomendaciones de Consejo de Europa CM/Rec(2012)3 que ponen de manifiesto las amenazas que la actividad de los buscadores suponen en los derechos y libertades fundamentales y CM/Rec(2011)7 sobre la necesidad de abordar un nuevo concepto de medios de comunicación.

En cualquier caso, contamos con criterios de ponderación de la libertad de expresión y de información respecto de los derechos a la intimidad (no tanto del derecho a la protección de datos) en el mundo *off line* y también en Internet, tanto respecto de personajes públicos como de personas anónimas. No hay más que leer las múltiples sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al honor y a la intimidad, así como a la libertad de expresión y de información. Todo ello, sin perjuicio

de las numerosas sentencias de amparo de nuestro Tribunal Constitucional en esta materia.

En el caso de autos, estando justificada la publicación de la información en el periódico (o en su web) en el cumplimiento de una obligación legal y no en la libertad de expresión (salvo la que se quiera inferir del derecho del público en general a ser informado del embargo de un personaje que no era público, información que sigue estando disponible en la página web del periódico) y teniendo esta información una antigüedad de más de 16 años, el TJUE considera que, respecto del buscador (no siendo objeto de las cuestiones prejudiciales el papel del editor), procede la eliminación de los vínculos a los resultados solicitados por el interesado (búsqueda por su mero nombre y apellidos) si se aprecia, tras su solicitud de cancelación, que la información «es, en la situación actual, incompatible (...) debido a que esta información, habida cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso de autos, es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda».

Dejando al margen la existencia de criterios para realizar la ponderación de los intereses en juego y, por ello, la dificultad de realizarla, lo sorprendente es que se atribuya al buscador la responsabilidad de realizar esta ponderación y que deba hacerlo de forma independiente a la que realice la fuente original. Y es sorprendente porque no solo es el que peor está situado para realizar este juicio, sino porque tampoco es plenamente congruente con el régimen de responsabilidad de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información que pivota sobre el concepto del «conocimiento efectivo», «conocimiento efectivo» que está vinculado a la ilicitud de los datos o a que se hubiera declarado la existencia de la lesión, lo cual parece que debería corresponder a la autoridad de control de protección de datos o a los jueces.

PRIMERAS CONSECUENCIAS

Además de encendidos y superficiales debates sobre la pretendida muerte de la libertad de expresión y de información en la UE, las primeras consecuencias de la sentencia del TJUE no se han hecho esperar: empezando por los propios buscadores y las autoridades de protección de datos en la UE, las primeras acciones civiles de indemnización de daños y perjuicios, así como su impacto en casos similares planteados en otras jurisdicciones de la UE.

Los buscadores

Google reaccionó de forma casi inmediata a la sentencia poniendo a disposición de los internautas un primer formulario que permite solicitar la eliminación de los resultados de búsqueda bajo el derecho al olvido. Microsoft también ha puesto a disposición su propio formulario a estos efectos.

Asimismo, Google ha creado un comité de «sabios» para asesorarle en la gestión de la avalancha de solicitudes que está recibiendo (<https://www.google.com/advisorycouncil/>). En efecto, en el informe de transparencia sobre las peticiones recibidas y procesadas que ha publicado Google, las cifras de las solicitudes superaban el medio millón en septiembre 2014.

Además, parece haber adoptado una política de aviso a los usuarios respecto de los resultados eliminados a raíz de la aplicación de la sentencia del TJUE. Esta decisión ha generado otras reacciones. Así, la BBC manifestó en octubre 2014 que tenía la intención de publicar una lista de todos los artículos que se habían eliminado de la lista de resultados de Google Search a consecuencia de las solicitudes del derecho al olvido, con el fin de informar al público de su existencia y facilitar su localización en la fuente.

De momento, parece que solo pretende aplicar esta política en los dominios territoriales Europeos, pero no en su dominio global www.google.com. Sin embargo, el Tribunal de Grande Instance de París, aplicando la sentencia del TJUE, ha ordenado a Google France, el 16 de septiembre de 2014, realizar una desindexación en todos los dominios a nivel mundial, y no restringido a google.fr, de ciertos contenidos difamatorios (difamación ya determinada por otra decisión judicial) identificados por el solicitante del derecho al olvido.

Autoridades UE

El mismo día en que se publica la sentencia, la AEPD publica una nota de prensa cuyo titular no deja dudas sobre su valoración: «*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respalda las tesis de la AEPD en relación con los buscadores y el derecho al olvido en internet*». Sin embargo, tanto la AEPD como sus homólogas en la UE se han dado cuenta de que necesitan adoptar una postura común para dar respuesta a las reclamaciones de afectados en casos donde los buscadores y, en su caso, las páginas webs de origen, no atiendan el derecho al olvido. Así, se reunieron en junio de 2014, en el seno del Grupo del Artículo 29, para analizar las consecuen-

cias de la sentencia del TJUE y comenzar a identificar los elementos relevantes para construir dicha posición común. A tal efecto, se reunió con los principales buscadores en julio y, posteriormente, con los medios de comunicación. Asimismo, se ha creado ya una red específica al efecto para registrar las decisiones adoptadas por las autoridades de control de datos de la UE que les permita además identificar casos similares o supuestos especialmente complejos.

Asimismo, la Comisión Europea ha manifestado su satisfacción por la decisión del TJUE que también interpreta como un endoso a su propuesta de regulación del derecho al olvido de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos. Aprovechó, en particular, para resaltar que la sentencia TJUE no está creando un «superderecho» que anula a los otros y, en particular, a la libertad de expresión. También mencionó una cuestión que ha estado también presente en el contexto del enfrentamiento entre el buscador y la AEPD, esto es, la existencia de procedimientos de «olvido» que el buscador tendría establecidos para dar respuesta a requerimientos de las leyes de EE. UU., relativas a ciertos tipos de datos personales sensibles en dicha jurisdicción, así como a infracciones de *copyright*.

Primeras acciones civiles de indemnización en España

Ya se ha dictado asimismo una primera sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona (n.º 364/2014, de 17 de julio) por la que condena a Google a indemnizar con 8.000 euros a un afectado, por vulneración de su derecho a la protección de datos personales, ante su negativa a retirar de sus resultados un indulto a favor del afectado y que fue publicado en el *BOE* en 1999 (por unos hechos de 1981), tras la solicitud del afectado. En este caso, la Audiencia Nacional señala que desde el momento en el que la AEPD insta al buscador a retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso futuro a ellos, el buscador tuvo «conocimiento efectivo» de la ilicitud del contenido a los efectos del artículo 17 de la Ley 34/2002.

Otras jurisdicciones

Además de la sentencia del Tribunal de París antes citada, los medios de comunicación se hacen eco de decisiones de tribunales de otras jurisdicciones en casos similares, adoptándose postulados contrarios.

Así, en Japón, el 22 de octubre de 2014, Google habría procedido a la retirada de su buscador de los datos de un ciudadano japonés por orden del Tribunal del distrito de Tokio que le instaba a retirar 120 de los 237 resultados que aparecían en el buscador al introducir el nombre del demandante, en los que se le vinculaba a un crimen cometido hace años.

Por el contrario, en Argentina, el 28 de octubre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tras analizar el rol de los buscadores en el desarrollo de la libertad de expresión y el alcance del derecho al honor, rechazó la demanda que una modelo promovió contra Google y Yahoo porque, en los resultados, su imagen aparecía vinculada a sitios de contenido sexual, erótico o pornográfico. Consideró que los buscadores no eran responsables de los contenidos de los resultados de sus búsquedas en la medida en que no tuvieron conocimiento efectivo de la ilicitud.

REFLEXIONES FINALES

La sentencia del TJUE ha puesto de manifiesto que la protección de datos no es una cuestión meramente programática, teórica ni accesoria en la UE: es un derecho que debe desempeñar un papel protagonista en nuestra sociedad global y digital. Este mensaje del TJUE, fuerte y claro, se proyecta respecto dos dimensiones principales.

En primer lugar, fija una regla que persigue una competencia leal en el mercado para sujetar a las normas del mercado UE a entidades no establecidas en la UE, pero que operan en dicho mercado, normas que ya no se reducen a perseguir la armonización económica de la Directiva 95/46/CE, sino que proyectan la concepción europea de la dignidad del ser humano conforme a la Carta. Por ello, ante unos criterios de aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE poco adaptados para alcanzar sus objetivos de protección en el mundo actual, amplía de manera forzada el concepto de establecimiento convirtiéndolo en un concepto económico y funcional. Las disfunciones que crea para responsables «establecidos» (bajo este nuevo criterio) en varios Estados miembros se verán en cualquier caso probablemente diluidos en la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos, pero únicamente si se llega a aprobar en los términos de la propuesta original de la Comi-

sión o de las modificaciones del Parlamento, esto es, siguiendo el criterio de la Directiva 2000/31/CE (el mercado al que se dirige el operador).

Por otra parte, el TJUE apuesta por situar en un lugar preferente a la protección de datos personales para ofrecer una solución (imperfecta) al impacto que la evolución de la tecnología (al dinamitar las barreras temporales y espaciales) tiene en los derechos de la personalidad, sobre todo de la gente corriente, lugar preferente que no pretende ser absoluto ni estático, de la misma forma que las libertades de expresión y de información tampoco son absolutas ni su alcance se debe pretender inmutable. Tenemos una larga tradición en la convivencia de estos derechos y libertades fundamentales y, además de los expresados por el TJUE en esta sentencia, existen criterios en nuestra tradición jurídica que servirán de guía para enfrentarse a los nuevos desafíos.

Pero es verdad que los criterios tradicionales estaban preparados para los creadores de contenidos y los que toman la decisión de difundirlos. Es una buena ocasión para reflexionar sobre ello en la redacción del derecho al olvido en la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos (o del derecho a la supresión en la versión del Parlamento Europeo). En cualquier caso, lo que sí es realmente nuevo es el rol que se quiere hacer jugar a los buscadores en esta ponderación y en qué normas se ha encontrado el fundamento al efecto. Es evidente que los buscadores forman parte del problema y deben formar parte de la solución. Lo que merece más discusión es si al buscador se le deben proyectar todas las obligaciones de un «responsable de tratamiento» respecto de los datos de los contenidos que indexa. Se le atribuye un rol que es tan importante y difícil como alejado de sus propios (y lícitos) intereses empresariales. Esto es, está llamado a evaluar la ponderación de derechos y libertades fundamentales (en cualquier contexto cultural y jurídico) respecto de contenidos que no ha creado y con independencia de la web de origen. Un rol que, hasta la fecha, correspondía no solo a los creadores de contenidos y responsables de su difusión primigenia, sino a los jueces (y, en su caso, a las autoridades de control de protección de datos). Ello nos debería llevar a reflexionar también sobre el tipo de justicia que necesitamos y la que podemos esperar en el mundo digital.

CECILIA ÁLVAREZ RIGAUDIAS*

(*) Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).