



Opinión Jurídica

ISSN: 1692-2530

mbocanument@udem.edu.co

Universidad de Medellín

Colombia

Platero Alcón, Alejandro

El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda

Opinión Jurídica, vol. 15, núm. 29, enero-junio, 2016, pp. 243-260

Universidad de Medellín

Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94545771013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El derecho al olvido en internet.

*El fenómeno de los motores de búsqueda**

Alejandro Platero Alcón**

Recibido: septiembre de 2015

Evaluado: octubre de 2015

Aprobado: noviembre de 2015

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del derecho al olvido en Internet. Esta figura será analizada, desde sus orígenes, como meras solicitudes de tutelas de derechos presentadas ante las agencias de protección de datos de los países europeos, hasta su aplicación actual, configurado tal derecho como un derecho quasi-fundamental, enmarcado dentro de la esfera del derecho fundamental a la protección de datos. También, será objeto de análisis la labor desarrollada por la Agencia Española de Protección de Datos, que fue la primera Agencia Europea que decidió condenar a los motores de búsqueda por el mal tratamiento de datos producido en su funcionamiento. Fruto de su labor, estos casos llegaron a la Audiencia Nacional, la cual realizó una brillantísima, desde un punto de vista técnico, cuestión prejudicial, acerca de la actitud de los motores de búsqueda en relación con el establecimiento del derecho al olvido.

Palabras clave: olvido, oposición, cancelación, motor de búsqueda.

* Trabajo de investigación desarrollado por el presente autor, dentro de las líneas de investigación referidas al mundo del derecho digital; Líneas de investigación que se encuadran dentro de las actividades Grupo de Investigación de Estudios en España, Portugal y América Latina, grupo oficial de la Universidad de Extremadura (España)

** Becario de Investigación del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (España). Doble Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Extremadura. Colaborador del Grupo de Investigación de Estudios en España, Portugal y América Latina, grupo oficial de la Universidad de Extremadura. Página web oficial del grupo de investigación: <http://derechoibericoamericano.com.es/>. Correo electrónico: alejandroplateroal@gmail.com

The Right to be Forgotten on the Internet. The Phenomenon of Search Engines

ABSTRACT

This article is intended to analyze the issue of the "right to be forgotten" on the internet. This concept will be analyzed, from its origins, as petitions to protect rights, filed with data protection agencies from European countries, until its present application, configured as a quasi-basic right framed within the sphere of the basic right to data protection. Also, this article analyzes the work performed by Agencia Española de Protección de Datos, that was the first European agency to decide on penalizing the search engines for the misuse of data during their operation. These cases were heard by the Audiencia Nacional that performed a brilliant prejudicial process (from a technical point of view) about the operation of search engines with respect to the setting of the right to be forgotten.

Key words: right to be forgotten, opposition, cancellation, search engine.

INTRODUCCIÓN

El Diccionario de la *Real Academia Española* define el término olvido como la "cesación de la memoria que se tenía". El ser humano es olvidadizo y en ocasiones se enfrenta a terribles enfermedades que atacan directamente la capacidad de recordar las cosas, como es el temible Alzheimer. Sin embargo, en el presente trabajo de investigación se va a exponer cómo estos problemas de memoria no afectan con los mismos síntomas a las nuevas tecnologías, ni mucho menos a los motores de búsqueda de Internet, que almacenan información sin que les entre un ataque voluntario de olvido. Tanto es así, que la comisaria comunitaria de Justicia, Viviane Reding, posee como frase célebre "Dios perdona y olvida, pero la web no". Otros autores consideran que "la infalibilidad de la memoria total de Internet contrasta con los límites de la memoria humana. Ahora, la memoria puede ser de rencor, venganza o menospicio" (Terwagne, 2010, p. 10).

Sin embargo, aunque la memoria del ser humano tienda a olvidar por naturaleza como consecuencia del transcurso del tiempo, el mismo que marchita la hoja perenne, este olvido del ser humano es doloroso, creando sensaciones más difíciles de digerir que las vividas en el proceso de conseguir hacer olvidar a Internet.

¿Cómo reacciona una persona cuando quiere eliminar una información suya personal de la red? La respuesta a esta cuestión es uno de los ejes fundamentales del presente proyecto de investigación donde se proporcionará una solución

jurídica a este problema tan complejo y, a veces, perjudicial para la vida y para el interés personal de parte de la población que observa, a diario, cómo al introducir su nombre en cualquier motor de búsqueda en Internet, se encuentra vinculada a noticias, en ocasiones, falsas y, en ocasiones, desactualizadas. De tal suerte que,

[...] el actual desarrollo de las tecnologías de la información, hace posible recoger y almacenar, sin límite de espacio, infinidad de datos sobre un mismo individuo, realizar un auténtico catálogo de informaciones personales sobre él y además interrelacionar todos los datos existentes sobre una misma persona, con independencia de que se encuentren en archivos distintos, relativos a diferentes etapas de sus vidas, o que estos hayan sido recogidos incluso en lugares lejanos. Se puede acumular, sin límite, la información y recabarla en cuestión de segundos con independencia de la distancia a la que se encuentre (Garriga, 2009, pp. 26-29).

A lo largo del presente, se detallará la brillante actuación de la Agencia Española de Protección de datos (en acrónimo AEPD) y de los tribunales españoles, trabajo que ha dado lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) acerca de la existencia, o no, de un llamado derecho al olvido.

Y, cómo no, se analizará la conexión de este derecho con los derechos constitucionales y su posible fundamentación como un derecho fundamental.

1. EL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET

1.1 *El fenómeno de los motores de búsqueda y las redes sociales*

¿Qué es el derecho al olvido? Para poder lograr una correcta definición de esta importante figura en el mundo del derecho actual se debe, en primer lugar, poner de manifiesto la realidad de la sociedad, la realidad de la sociedad de la información. La Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en acrónimo LSSI) define los Servicios de la Sociedad de la información, como "todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario".

Este concepto engloba "las actividades típicas de los prestadores de servicios de Internet y de los suministradores de servicios y contenidos en línea, incluida la actividad de los prestadores de servicios de redes sociales y la organización de subastas" (Miguel, 2015, pp.1-6). Así lo establece también el artículo 4 LSSI cuando dicta que los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español "quedarán sujetos a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ellos no contravengan lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables".

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones, se puede y se debe enmarcar a las temidas redes sociales y a los motores de búsqueda dentro de los servicios de

la sociedad de información (conceptos que posteriormente serán objeto de un análisis pormenorizado). A su vez, se debe enmarcar a las redes sociales y a los motores de búsqueda dentro del concepto de web 2.0, concepto que es definido como

[...] una nueva tendencia en el uso de las páginas webs, en la cual el usuario es el centro de la información y se convierte en generador de contenidos. Supone un cambio en la filosofía, una actitud, una forma de hacer las cosas que identifica el uso actual de Internet que hacen tanto los internautas como las empresas, pasando de ser meros consumidores a productores y creadores de contenido (Heredero, 2012, pp. 1-40).

Otros autores centran sus esfuerzos en diferenciar esta nueva etapa tecnológica de la anterior, así

[...] en los medios tradicionales y en la web 1.0 los dueños de las webs tienen pleno control sobre ellas, tanto sobre la información que exponen como sobre el acceso y nivel de interactividad que quieren fomentar. Sin embargo, en la web 2.0 el control pasa directamente a todos los usuarios en igualdad de condiciones. El control está en los propios usuarios de la red social (Cebrián, 2008, pp. 345-361).

Internet, sin lugar a dudas, ha incrementado el auge de derechos como la libertad de información y la libertad de expresión, pero, al mismo tiempo, ha creado de una manera demoledora riesgos para derechos fundamentales tan importantes como el de la protección de datos o el derecho

a la intimidad, entre otros. La población vive actualmente con una demanda de información constante y con una necesidad, a veces incomprensible, de narrar sus acontecimientos vitales a través de las redes sociales, de suerte tal que

[...] la web 2.0 no existiría si el ego de todos nosotros no fuera tan potente y necesario de expansión. El ego mueve el mundo y, sin duda, mueve las redes sociales, y en esta expresión continua de nuestro yo dejamos al paro su parte más íntima, sin ser conscientes, mientras lo hacemos, de cuánto de nosotros exponemos ni del peso que esa exposición tendrá en el futuro (Llaneza, 2010, pp. 56-59).

Las redes sociales son armas de doble filo, ya que, por una parte, el funcionamiento intrínseco de las mismas permite al ciudadano electrónico poder comunicarse con amigos o personas que viven a una distancia que no permite su contacto directo, o permiten observar las fotos o videos que sus "amigos" deciden compartir, fotos o videos que, en ocasiones, se suben de forma inconsciente.

¿Qué ocurre si alguien decide utilizar esas fotos para publicarlas con alguna información que puede ser dañina, o si decide utilizar los comentarios vertidos en redes sociales con el mismo fin? La respuesta a la anterior cuestión es muy importante, ya que el daño producido puede ser irreversible, y además, en ocasiones, las fotos subidas, los comentarios expuestos y el estilo de vida que una persona ha querido describir a través de estas redes sociales puede ser contrapro-

ducente en un futuro. De esta manera, como publicó el Huffington Post en el proceso de contratación americano, más del 35 % de las empresas no contrataban a empleados por aspectos que habían descubierto investigando su pasado en redes sociales (Adsuar, 2013, pp. 1-3). Este fue el caso de Stacy Snyder, quien no fue acreditada para dar clases como profesora por la Conestoga Valley High School por subir a una red social una foto de ella tomando bebidas alcohólicas.

Pero no solo son las redes sociales el pilar fundamental de la sociedad de la información, sino que antes se hacía referencia a los denominados motores de búsqueda. Los motores de búsqueda son robots, que desprenden sus tentáculos a toda la información existente en el universo web, al objeto de facilitar al ciudadano información acerca de cualquier dato que resulte de su interés, sin que el ciudadano tenga que realizar más esfuerzo que hacer clic con el ratón de su ordenador, o desde su móvil tumbado en el sofá de su casa mientras, aburrido, hace *zapping*. Técnicamente, los motores de búsqueda pueden ser examinados como un "proveedor de contenidos, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado".

A priori, a través de esta definición, parece que la actividad de estos motores de búsqueda es totalmente positiva, pero ¿qué ocurre cuando el nombre que se

introduce para buscar información es el suyo, y la información que se obtiene es del todo falsa, antigua o dolorosa?

En el presente trabajo se expondrán numerosos supuestos donde, efectivamente, los ciudadanos han comprobado en su propia persona cómo su imagen se ha visto perjudicada por las "ventajas" de la nueva sociedad de la información. La importancia de estas nuevas tecnologías es tan grande, hasta el punto que algunos autores escriben y de manera bastante acertada cosas como la siguiente: "*quod nos est in Google, non est in mundo*" (Martínez, 2013, pp.1-3).

En relación con el funcionamiento de los motores de búsqueda también surgen otras polémicas, que en ocasiones deben ser respondidas por el derecho. Así, la AEPD resolvió, en el caso que lleva por denominación "TD/01105/2012", un supuesto donde un sujeto con iniciales B. B. B interponía demanda contra GOOGLE, debido a que cuando se introducía su nombre en el famoso buscador, inmediatamente surgía la famosa función de autocompletar, apareciendo el término "gay". Del relato de hechos del proceso se obtiene, concretamente del punto tercero, que

[...] Google Inc. en su página web informa que cuando un usuario teclea los términos de una consulta en el cuadro de búsqueda del buscador, el algoritmo de la función autocompletar predice los términos de búsqueda que el usuario podría estar introduciendo para que el usuario pueda seleccionarlos y facilitar su búsqueda. Para deter-

minar dichas predicciones, se usa un procedimiento basado en algoritmos sin intervención manual ni humana.

De lo anterior se puede extraer que Google alega que la función de autocompletar se realiza sin intervención humana alguna y que, por tanto, no existe responsabilidad por su parte, ausencia de culpabilidad que ha sido criterio utilizado por Google también en todos los procesos abiertos relativos al derecho al olvido. De esta forma, a juicio del presente autor, se desprende de la actitud del citado motor de búsqueda que su actuación es semidivina y siempre queda impune. En este caso, en concreto la Agencia Española de Protección de Datos, obligó al motor de búsqueda a eliminar esta disociación de conceptos perjudiciales para el reclamante.

La preocupación de regular instrumentos jurídicos referidos al derecho al olvido, procede de lo aducido anteriormente, y que, en síntesis, se puede resumir en que

[...] la universalización de la informática, unida a la masiva, imparable y vertiginosa propagación del uso de Internet, con sus inagotables recursos, pero también con los más variados instrumentos que permiten, casi al alcance de cualquiera, la invasión de la privacidad de los ciudadanos, ha derivado en una preocupación general por éste fenómeno y puesto de manifiesto la necesidad de su regulación jurídica (Acedo, 2012, pp.191-221).

1.2 ¿Qué es el derecho al olvido?

Una vez realizada esta consideración acerca de la enorme relevancia de las

redes sociales o los motores de búsqueda dentro de esta nueva sociedad de la información, es el momento de abordar una respuesta para la pregunta formulada en la primera parte de este apartado, ¿Qué es el derecho al olvido? El derecho al olvido es una "forma poética de referirse principalmente al derecho de cancelación, y eventualmente también al de oposición, en el marco del derecho fundamental de la protección de datos" (Simon, 2015, pp. 97-102). Este derecho, en la práctica, es utilizado por los ciudadanos que observan que las nuevas tecnologías no les son afines, y descubren que circula, por las redes sociales o por los motores de búsqueda, información sobre ellos, información perjudicial para sus propios intereses, y desean hacer desaparecer esos datos, en ocasiones inexactos, en ocasiones falsos o en ocasiones irrelevantes, todas estas consideraciones siempre realizadas desde el punto de vista del eventual reclamante. Aun así, la doctrina no es pacífica respecto al auge de esta figura, quizá porque todo lo novedoso asusta, y más al mundo del derecho que, en ocasiones, parece querer anclarse en figuras pasadas y seguir viviendo de las mismas, ya que existen autores reticentes a la misma que consideran, por ejemplo, que este derecho de cancelación de los resultados de la búsqueda de una persona puede provocar perjuicios para el resto de la humanidad, pudiendo borrarse información que puede pertenecer a personas distintas; así, "si quien ejerce el derecho se llama José García acabamos de excluir a media humanidad" (Martínez, 2013, pp. 1-3), o comentarios como "google no tiene por qué saber si alguien es

realmente o no un estafador, o si lo fue en su momento y en el presente se ha reformado en un ciudadano modélico" (Grauer, 2014, pp. 1-8).

Sin embargo, el presente autor es más acorde con otras voces que escriben sin miedo a equivocarse que "el debate sobre el derecho al olvido en Internet nada tiene que ver con el fin de la memoria, con prescindir del pasado, con el falseamiento de la historia, o con la supuesta instauración de un filtro censor universal al ejercicio del derecho a la información" (Artemi, 2014, pp. 17-35).

Otras voces consideran que "el derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado" (Terwangne, 2010, pp. 1-8), aunque a juicio del autor esta última acepción se queda corta, ya que, como después se expondrá con mayor detalle, este derecho al olvido no tiene que ir de la mano con la necesidad de que una información caduque o resulte antigua; también puede tratarse de una información reciente, pero inexacta o falsa.

2. LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2.1 Análisis de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional el 27 de febrero de 2012

El ejercicio del derecho al olvido ante los motores de búsqueda en Internet supone

poner en marcha por parte del solicitante un mecanismo complejo y lleno de trabas, complejidad que trasciende de la lectura de los artículos expresados en los apartados anteriores referidos al derecho de cancelación y al derecho de oposición al tratamiento de datos personales. El ejemplo más ilustrativo de esta dificultad se encuentra en el acontecimiento de hechos narrados en la sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, sentencia que ha venido a consagrar la existencia de un auténtico derecho al olvido de los ciudadanos contra la actividad de los motores de búsqueda, y ha supuesto "un gran avance en la seguridad jurídica para los ciudadanos europeos ya que, hasta el momento de publicación de la misma, no estaban definidas las responsabilidades de los editores de sitios webs y buscadores" (Muñoz, 2014, pp. 1-7). El pronunciamiento del TJUE tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional Española, a través de su Auto de 27 de febrero de 2012, donde decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión, una cuestión prejudicial de interpretación al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en acrónimo TFUE).

El caso que se planteaba ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, como no podría ser de otra forma, era un caso referido al ejercicio por parte de un ciudadano de los derechos de cancelación y oposición que la Ley Orgánica de Protección de Datos le facultaba interponer, es decir, la Audiencia Nacional se disponía a resolver un caso de derecho al olvido

ante un motor de búsqueda, en concreto Google. De los antecedentes de hecho del Auto de 27 de febrero de 2012, se obtiene la explicación de la contienda, la cual puede ser resumida en los siguientes extremos:

Inicio: El proceso comienza por el ejercicio por parte de Carlos José (en adelante el afectado) de su derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales ante "La Vanguardia Ediciones.", e interponiendo la misma acción contra el motor de búsqueda Google Spain, debido a que cuando introducía su nombre en el citado buscador, aparecía un enlace a una dirección del citado periódico, donde se mostraba una información relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social, deudas que ya no existían en la actualidad. Así, en palabras del propio afectado, "según Google sigo siendo deudor y casado".

Como consecuencia de la desestimación de su solicitud tanto por "La Vanguardia Ediciones.", como por Google Spain., tal y como se explicó anteriormente en el estudio pormenorizado de la normativa sobre el derecho de oposición, el afectado interpuso una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos el día 5 de noviembre de 2010 al objeto de que se obligara tanto al periódico como al motor de búsqueda, a eliminar estos datos desactualizados.

Actuación de la AEPD: El Director de la Agencia Española de Protección de Datos, en su Resolución de 30 de julio de 2010 (TD/650/2010), estimó parcialmente la so-

licitud interpuesta por el afectado, ya que concedió este derecho de oposición en lo referido a las reclamación contra Google Spain, instando al motor de búsqueda para que eliminara de sus resultados dicha información; sin embargo, no estimó la solicitud referida a "La Vanguardia Ediciones, S. L.", ya que la publicación en este diario tenía una justificación legal: la de generar una mayor publicidad a la subasta al objeto de conseguir una mayor concurrencia de licitadores a la misma.

Contra la resolución del Director de la Agencia de AEPD, se interpuso recurso por parte de Google Spain, en el que se solicitaba la nulidad de la resolución administrativa anterior.

Procedimiento judicial: En el análisis del caso en cuestión, la Audiencia Nacional considera que se debe elevar una cuestión prejudicial para resolverlo, ya que existen varias dudas en la aplicación de los preceptos de la Directiva 95/46. Las preguntas planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se dividen en tres bloques diferenciados:

El primer bloque se encuentra formado por las dudas acerca de la aplicación territorial de la Directiva 95/46 CE, y por consiguiente la aplicación de la normativa española traspuesta. Esta Directiva establece en su cuerpo que

[...] los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el trata-

miento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el derecho nacional aplicable.

La duda que asalta al Tribunal consiste en saber si se puede incluir a Google Spain, SI, al ser un filial de Google Inc, dentro del término "establecimiento" usado por la Directiva citada y, por tanto, poder aplicar la normativa estatal al supuesto.

El segundo bloque consistiría en determinar "si la actividad del buscador de contenidos, Google, encaja en el concepto de tratamiento de datos contenido en el artículo 2 Directiva 95/46 CE, es decir el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la misma" (Muñoz, 2014, pp. 1-7).

El concepto de tratamiento de datos aparece recogido en la Directiva 95/46 CE, en los siguientes términos:

[...] cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción.

La respuesta de Google en este sentido siempre ha sido la negación de que su actividad se correspondiera con el concepto de tratamiento de datos; existen autores conformes con este argumento anti-responsabilidad del buscador:

[...] en un símil bastante acertado, diríase que la información disponible en la red se asemeja a colocar libros para consulta de cualquiera que se aproxime a la vivienda, dedicándose únicamente Google a lanzar robots que transitan las calles y elaboran índices acerca de lo que contienen todos los libros ubicados en estanterías de acceso público (Grauer, 2015, pp. 1-12).

El tercer bloque de la cuestión prejudicial emitida se centra en averiguar el alcance de los derechos de oposición y suspensión regulados en Directiva 95/46 CE, concretamente en averiguar si los afectados pueden dirigir directamente a los motores de búsqueda sus reclamaciones o deben acudir siempre a la fuente original de la información que Google indexa en su sistema de búsqueda. El derecho de oposición se encuentra regulado en la Directiva 95/46 CE en los mismos términos en los que anteriormente se expusieron en el apartado correspondiente al análisis de la normativa de LOPD y el RLOPD.

Hasta aquí se ha procedido al análisis de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de suerte tal que "el auto de 27 de febrero de 2012 ha sido valorado en toda Europa por su rigor, su precisión y su calidad técnica" (Silva, 2014, p. 9), introduciendo incluso

la misma "una definición del derecho al olvido, según la cual este derecho ampara el deseo o voluntad de una persona a que una determinada noticia o información que aparece vinculada a ella y que permite identificarla no pueda ser indexada, mantenida indefinidamente y difundida por los buscadores de Internet" (Noval, 2012, p. 29)

3. ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 13 DE MAYO DE 2014

3.1 *Síntesis de los hechos*

Toca ahora proceder al análisis de la sentencia del TJUE, sentencia que ha suscrito el reconocimiento de un derecho a ser olvidado en Internet cuando concurren ciertos requisitos que serán objeto de análisis. "El Tribunal de Luxemburgo, en el caso Google vs AEPD, ha sido, ante todo, un juez garante de derechos que ha confirmado la alta condición jurídica que ya venía atribuyéndose al derecho a la protección de datos personales tanto en su jurisprudencia como en el marco legal y constitucional europeo" (Artemi, 2014, p. 270). El TJUE se dedica a responder la cuestión prejudicial en función de los bloques enumerados anteriormente; por tanto, y siguiendo con la anterior estructura, se desglosará la respuesta del tribunal en tres bloques:

En primer lugar, el tribunal aborda la cuestión relacionada con el segundo bloque, es decir, con el ámbito de aplicación material de la Directiva 95/46 CE,

respondiendo a la cuestión sobre si los motores de búsqueda realizan en el marco de su actividad un tratamiento de datos personales, estableciendo que

[...] debe declararse, que al explorar en Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda recoge tales datos que extrae, registra y organiza posteriormente en el marco de sus programas de indexación, conserva en sus servidores y, en su caso, comunica y facilita el acceso a sus usuarios en forma de lista de resultados de sus búsquedas (Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 28).

En función de lo anterior, el Tribunal considera que la actividad de los motores de búsqueda debe sentirse incluida dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva en cuestión, recogido en el artículo 2 desarrollado anteriormente. De este modo, el TJUE niega el principal argumento esgrimido por Google en este apartado, ya que a juicio del Tribunal el automatismo propio de las funciones del motor de búsqueda no le constituye como un sujeto neutral ante el proceso del tratamiento de datos.

Parte de los estudiosos del denominado derecho al olvido consideran que no se efectúa por parte de los motores de búsqueda un verdadero tratamiento de datos, porque "los datos personales en origen, quien puede utilizar, los códigos de exclusión, como son las etiquetas meta, para limitar el funcionamiento de los motores

de búsqueda en Internet, evitando total o parcialmente, e incluso a partir de una determinada fecha, la indexación o rastreo por parte del buscador" (Simon, 2015, p. 257). Sin embargo, esta cuestión también ha sido objeto de análisis en la Sentencia en cuestión, estableciendo el Tribunal que "la falta de indicación por parte de estos editores no libera al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en el marco de la actividad de dicho motor".

En segundo lugar, el TJUE procedió al análisis de la primera cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, relativa al ámbito de aplicación territorial de la Directiva 95/46 CE, previsto en el artículo 4, desarrollado anteriormente. Google siempre ha mantenido la inaplicabilidad de dicha directiva, debido a que las funciones de buscador las realiza Google Search, compañía con sede en Estados Unidos de América, mientras que Google Spain realizaba funciones comerciales; pues bien, en palabras del propio Tribunal "la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google, y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search". El Tribunal, en el análisis de este bloque, llega a la conclusión que la actividad desarrollada por Google Spain se enmarca dentro del término establecimiento utilizado por la Directiva, ayudado en este razonamiento por lo establecido en el Considerando 19 de la Directiva que añade dos requisitos

para catalogar una actividad desarrollada por una organización como un establecimiento: en primer lugar, el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable, y en segundo lugar, la no importancia de la forma jurídica del establecimiento en cuestión. Para llegar a esta conclusión, el TJUE además "consideró que la protección eficaz y completa perseguida por la Directiva 95/46 obliga a prescindir de una interpretación restrictiva del término marco de actividades, reducida a que el tratamiento deba realizarse por el establecimiento" (Artemi, 2014, p. 274).

Para concluir con este bloque el Tribunal establece que

[...] las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indissociablemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades.

En último lugar, el Tribunal analiza la tercera cuestión prejudicial relativa al alcance de los derechos de oposición y cancelación de los ciudadanos, anclados en los artículos 12.b) y 14.1 a) de la Directiva. El Tribunal considera que estos artículos deben interpretarse de forma que se permite a los eventuales reclamantes solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la Red, aunque estos

datos no sean falsos, ya que pueden ser verdaderos, pero aun así su tratamiento puede ser ilegítimo. El tratamiento será considerado ilegítimo "cuando los datos personales son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido". El Tribunal "resume magníficamente cómo el tratamiento de datos personales por los buscadores puede afectar significativamente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos" (Artemi, 2014, p. 279), ya que en sus propias palabras, la actividad del motor de búsqueda "permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado".

En vista de lo anterior, se puede afirmar que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el transcurso de los segundos, minutos, días, años, afectan al tratamiento de la información y, por lo tanto, información que hace cinco años era considerada como pertinente, por el transcurso del inagotable paso del tiempo, se ha convertido en candidata a ser borrada de Internet. Otros de los argumentos que desmonta el TJUE a Google se basa en la necesidad de que los ciudadanos reclamen en primer lugar, a la fuente principal de la que el buscador recaba la información, así, se "puede solicitar la desindexación sin que sea necesario haber acudido previamente a solicitar la retirada de contenidos en la página web

de origen, puesto que la información puede ser legítima en esa página fuente por la existencia de intereses legítimos" (Simon, 2015, p. 245).

Para concluir con el análisis de la Sentencia, cabe destacar dos conclusiones extraídas del último punto desarrollado por el Tribunal. Los ciudadanos, cuando solicitan al motor de búsqueda la desindexación de la información, no deben alegar perjuicio económico ninguno, sino simplemente la existencia de una información que no respeta su derecho fundamental a la protección de datos personales; y en segundo lugar, el TJUE estableció el derecho fundamental al ejercicio del derecho al olvido por parte de los ciudadanos; este límite radica en el tratamiento de los denominados datos personales públicos. Respecto a este límite, su existencia conllevará que se deba realizar en cada caso concreto una ponderación entre el derecho a que se borre ese contenido o el derecho de información pública, así

[...] serán en cada caso los tribunales ordinarios los que deban realizar una ponderación detallada de modo que, sobre la base de la prevalencia de los derechos de rectificación y supresión que amparan al titular de los datos, prevalencia que se reconoce no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda sino también sobre el interés del público de acceder a dicha información (Guerrero, 2014, pp. 1-8).

En relación con esta ponderación, surgen dudas, así

[...] entre las dificultades que el encargado de dar respuesta a las solicitudes de ejercicio del derecho al olvido de los ciudadanos se encontrará podemos citar, a modo de ejemplo, la determinación del tiempo que debe transcurrir para que una información deje de tener pertinencia, actualidad o vigencia pública, y las circunstancias en las que el regreso al anonimato de una persona que en su día pudo desempeñar un cargo o papel en la vida pública reduzca el interés público en disponer de esa información y haga prevalecer los derechos de protección de los datos personales y la vida privada de esa persona (Minero, 2014, pp. 129-255).

Además, en este sentido, el Tribunal establece que tampoco cabrá el ejercicio del derecho al olvido en los casos en que el tratamiento de los datos se realice con fines periodísticos, en función de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva 95/46; ahora bien, esta limitación solo beneficia a los *webmaster* o fuentes primarias, nunca a los motores de búsqueda que no podrán ampararse en ella.

3.2 *Las consecuencias del pronunciamiento europeo*

Una vez que se hizo público este pronunciamiento, la vida del derecho al olvido cambió radicalmente, de tal modo que los tribunales europeos, nada más proceder a analizar la sentencia del TJUE, empiezan a reconocer en sus pronunciamientos la existencia de un derecho al olvido en Internet. En el caso de los tribunales españoles, el primero en reconocerlo es

la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia número 364/2014, proceso que empezó con una solicitud de tutela por parte del reclamante para eliminar una información accesible a través de los buscadores de Google relativa a actos cometidos en el pasado, más de 12 años atrás. La Audiencia dedica el octavo fundamento de derecho de su pronunciamiento, a analizar las conclusiones obtenidas por el TJUE, haciendo un importante énfasis en los tres bloques de cuestiones prejudiciales interpuestas por la Audiencia Nacional y resueltas. Esta sentencia da la razón al actor y obliga a Google a eliminar los enlaces que se encontraban relacionados con ese hecho del pasado, pero lo novedoso de esta sentencia es que reconoce que el daño ocasionado por Google es indemnizable, extremo que no había sido del todo precisado por el TJUE, y tampoco se encuentra previsto en la normativa, como indica el propio Tribunal, "el incumplimiento de la normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño o lesión indemnizable del afectado". La Audiencia condenó a Google a indemnizar al reclamante con la cantidad de 8000 euros por daños morales hacia su persona.

En septiembre de 2014, dos meses después del pronunciamiento de la Audiencia Provincial, el Tribunal de Gran Instancia de París dictó sentencia referida a un caso de derecho al olvido en Internet. El proceso surgió debido a una reclamación interpuesta por una pareja para que se eliminara información difamatoria de ellas de la red. Google eliminó los enlaces a la misma solo en territorio francés,

pero no en el resto del mundo. Ante este comportamiento y acogiendo los pronunciamientos del TJUE, el Tribunal condenó a Google a pagar una indemnización de 1500 euros, más otra de 1000 euros por cada día en el que siguieran disponible los enlaces hacia esa información.

Pero no solo los tribunales de justicia europeos han alterado su funcionamiento a través del famoso pronunciamiento, sino que también se ha visto alterada la actividad de los motores de búsqueda. La más afectada, como no podía ser de otra forma, ha sido Google. En efecto, Google estableció un enlace propio, tras conocer la sentencia, para que los ciudadanos que quisieran que alguna información suya privada fuera olvidada en la red lo pudieran solicitar. Desde la fecha de la sentencia hasta el 23 de enero de 2015, Google se ha enfrentado a 743.250 solicitudes de borrado de URL en toda la Unión Europea, y ha sido aceptadas directamente por el buscador, sin necesidad de recurrir a ninguna contienda judicial, más de 33 % de las solicitudes.

4. EL NEGOCIO DE ELIMINAR DATOS PRIVADOS DE INTERNET

Otra de las grandes consecuencias de este pronunciamiento tan importante es el surgimiento de empresas e instituciones que pretenden encontrar un nicho de mercado en el mundo del derecho al olvido. Al utilizar el término nicho de mercado, se hace referencia a un sector poco explotado, donde los emprendedores consideran que pueden conseguir

una importante rentabilidad en un corto plazo de tiempo, postulado que estableció Schumpeter, y se ha ido perfilando por otros autores que establecen que " la aparición de emprendedores en un nicho de mercado se produce porque la capacidad para emprender fluye, como un bien económico más, hacia los nichos donde el emprendedor espera una recompensa en el retorno de la inversión" (Larroulet & Ramírez, 2007,p. 96.)

El mercado que se abre en este caso es el relativo a la eliminación de datos privados de personas físicas o jurídicas, divulgados en el mundo virtual. Uno de estos emprendedores puede ser la empresa "Eprivacidad", formada por abogados expertos en el derecho de las nuevas tecnologías, dedicados a eliminar información privada para proteger la privacidad de las personas y el derecho al honor de las empresas. Sus líneas de actuación son: Borrar datos de Boletines Oficiales o evitar que aparezcan sus resultados en los buscadores de Internet y eliminar información de redes sociales, como borrar fotos de Facebook, perfiles en Linkedin, Badoo, Myspace. Pero, sin duda, destacan dos actividades fundamentales, la primera de ellas referida a la eliminación de los resultados de búsqueda en los principales buscadores de Internet como Google, Yahoo o Bing, y la segunda, la relativa a la eliminación de información aparecida en blogs, foros o páginas personales.

Respecto a la actividad relativa a la eliminación de los resultados de búsqueda, se debe aclarar que es una actividad directamente relacionada con el ejercicio del

derecho al olvido. Existen casos como se ha visto anteriormente, donde Google no acepta de forma directa la solicitud de borrado de enlaces ejercida por una persona, sino que decide rechazarla, obligando al usuario a acudir a la vía administrativa y posteriormente a la judicial. Es en este momento, donde los servicios de estas empresas son demandados por multitud de personas con el objetivo de poder conseguir una declaración judicial satisfactoria para sus intereses.

Respecto a la segunda actividad relativa a la eliminación de datos personales de foros o páginas personales se debe realizar una mayor matización, de suerte tal que, a modo de ejemplo, surgen dudas como esta: ¿qué pasa si una persona se registra en una web de infidelidades, depositando todos sus datos personales, y estos son objeto de una publicación posterior? En ocasiones, la realidad supera a la ficción, y el ejemplo anterior ha ocurrido en la realidad, ya que se han filtrado los datos de los usuarios registrados en la página de citas Ashley Madison.

En el mes de agosto de 2015 se publicaron los datos de casi 39 millones de personas que formaban parte de este portal web, personas que han visto como su intimidad ha sido violada a través de Internet. La empresa española Tecnológica elaboró un mapa donde se mostraba el punto exacto de localización de estos usuarios, y a modo de curiosidad establecieron que Sao Paulo y Nueva York encabezan el *ranking* con el mayor número de ciudadanos registrados, 374.554 y 268.247, respectivamente. Entre las cuestiones

que tendrán que intentar desmontar los usuarios a través de sus abogados expertos en nuevas tecnologías, ya no solo para conseguir borrar sus datos personales de la red, sino para pedir una responsabilidad económica a la web de infidelidades, será precisamente su política de privacidad.

Ashley Madison posee en su página web información acerca del proceso de registro, cancelación y la relativa al tratamiento de datos personales. Sobre esta última cuestión, destaca muy especialmente la siguiente información obtenida de su propia página web:

[...] si bien hacemos todo lo posible por mantener la seguridad necesaria para proteger sus datos personales, no podemos garantizar la seguridad o la privacidad de la información que usted proporciona a través de Internet o de sus mensajes de correo electrónico. Nuestra Política de Privacidad queda incorporada a los Términos mediante esta referencia. Acepta eximirnos de responsabilidad, tanto a nosotros como a nuestra casa matriz.

En vista de la anterior afirmación, el usuario que se registra, si realiza una lectura comprensiva del texto, observará cómo la propia empresa no asegura una privacidad de su información privada, siendo esto una razón de peso para no proceder a registrarse en el portal web.

Los argumentos a favor de no proceder al registro continúan cuando se avanza en la lectura de los términos y condicio-

nes de la conocida web de infidelidades, de suerte tal que, se establece que los usuarios registrados aceptan una exención del artículo 1542 del Código Civil de California, que contiene el siguiente texto: «La exención de responsabilidad general no se extiende a reclamos en favor del acreedor cuya existencia desconoce al momento de ejecutar esa exención, las cuales, si este las hubiera conocido, ellas habrían afectado materialmente la conciliación con el deudor». En consecuencia de lo anterior, los usuarios que residan en California podrán pelear si dicha renuncia de derechos es válida conforme a su ordenamiento jurídico o es nula, pero ¿qué ocurre con los usuarios que residan fuera de este lugar?

La respuesta a esta cuestión quizá se encuentre en el ámbito de la protección de los consumidores en la contratación electrónica, y debe ser resuelta por el derecho internacional privado que resulte de aplicación a esta materia.

CONCLUSIONES

El derecho al olvido fue, es y será un proyecto dentro del que se enmarca una mayor preocupación por parte de las autoridades europeas y nacionales, de proteger y aumentar el marco de acción del derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho se encuentra consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre del año 2000, concretamente en el artículo 8, y su carácter fundamental en el ordenamiento jurídico

español lo establece el artículo 18.4 de la Constitución Española.

En el texto del artículo, se ha mencionado en bastantes ocasiones a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, y esta reiteración no es por capricho del autor. La Sentencia citada es el último impulso que necesitaba el derecho al olvido, para poder consagrarse como un auténtico derecho, derecho que debe entenderse como fundamental, por desprenderse del derecho fundamental a la protección de datos. Es el Tribunal, el que determina cuáles serán los requisitos de acceso a este derecho y cuál es la ponderación que se debe realizar por parte del buscador para eliminar dicho URL, estableciendo cuestiones tan importantes como la no necesidad de acudir a la fuente original, en primer lugar, para pedir la eliminación de dicha información, antes que proceder a reclamar al buscador. Es, en conclusión, una sentencia atrevida, donde se demuestra que los jueces de la Unión Europea actúan sin tener en cuenta el poder de grandes grupos empresariales, como es el caso de Google.

El mundo del derecho es cambiante, y se encuentra en una relación positiva con el mundo económico y empresarial. Actualmente, gracias a pronunciamientos y al auge de figuras como la del derecho al olvido, existen juristas especializados en el derecho de las nuevas tecnologías. Juristas, que deben resolver conflictos que afectan a la vida privada de las personas de una forma impactante, como es el caso de la revelación de los datos privados de los usuarios de Ashley Madison. Internet

otorga unas herramientas maravillosas, pero crea peligros, peligros que los juristas deben resolver.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo, A. (2012). El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX. En A. Sabaris & C. Strapazzon (Dirs). *Dirieitos Fundamentais Da Pessoa Humana* (pp. 191-219). Curitiba: Alteridade.
- Adsuar, Y. (2013). La elección de ser olvidado en la red: derecho o privilegio. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, (Número 864), mayo 2013, p. 5. Pamplona: Arazandi.
- Artemi, R. (2014). *El derecho al olvido en internet. Google versus España*. Madrid: centro de estudios políticos y constitucionales.
- Cebrián, M. (2008). La web 2.0 como red social de comunicación e información. *Revista Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, (Número 14), septiembre 2008, pp. 345-361. Madrid: Universidad Complutense.
- Garriga, A. (2009). *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Grauer, I. (2014). Bases para una jurisprudencia unificada sobre desindexación de contenidos en Internet. *Revista Diario la Ley*, (Número 8374), septiembre de 2014, pp. 1-12. Madrid: La Ley.
- Guerrero, J. (2014). La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (Número 4) agosto 2014, pp. 135-146. Madrid: Arazandi.
- Heredero, M. (2012). Web 2.0: Afectación de derechos en los nuevos desarrollos de la web corporativa. *Revista Cuadernos Red de Cátedras Telefónica*, (Número 6), mayo 2012, pp. 1-40. Madrid: Fundación Telefónica.

- Larreulet, Cy Ramírez, M. (2007). Emprendimiento: factor clave para la nueva etapa de chile. *Revista Estudios Públicos*, (número 108), primavera 2007, pp. 93-116. Santiago de Chile: Fundación Estudios Públicos. Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4058_2166/r108_larroulet_emprendimiento.pdf
- Llaneza, P. (2010). Derechos fundamentales e Internet. *Revista Cuadernos de comunicación e innovación*, (Número 85), septiembre 2010, pp. 54-57. Madrid: Fundación Telefónica.
- Martínez, R. (2013). ¿Quién debería olvidarnos en Internet? *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, (Número 864), junio 2013, pp. 1-3. Pamplona: Arazandi.
- Miguel, A. (2015). *Derecho privado en Internet, Estudios y comentarios legislativos*. Madrid: Civitas
- Minero, G. (2014). A vueltas con el Derecho al olvido: Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Número 30), junio 2014, pp.129-155. Madrid: Universidad Autónoma.
- Muñoz, J. (2014). El llamado derecho al olvido y la responsabilidad de los buscadores. *Revista Diario la Ley*, (Número 8317), junio de 2014, pp.1-13. Madrid: Wolters Kluwer.
- Noval, J. (2012). Algunas consideraciones sobre la futura regulación del derecho al olvido. *RCE*, (Número 120), octubre-diciembre 2012, pp. 30-31. Madrid: Dykinson.
- Silva, M. (2014). El derecho al olvido como aportación española y el papel de la abogacía del Estado. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (Número 38), octubre de 2014, pp.7-12. Madrid: Uría Menéndez.
- Simon, P. (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*. Barcelona: Bosch.
- Terwangen, C. (2010). Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado. Publicado en el Monográfico «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet», pp. 53-67. Barcelona: Universitat oberta de Catalunya